

Draft Common Frame of Reference

– mot en felles referanseramme for europeisk privatrett?



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 647

Leveringsfrist: 25.11.2009

(* regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 17 964 ord*

17.11.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for oppgaven	1
1.2	Draft Common Frame of Reference – bakgrunn og formål	2
1.3	Er det mulig og ønskelig med større harmonisering av europeisk privatrett?	4
1.4	Videre fremstilling	9
<u>2</u>	<u>VERDIER OG PRINSIPPER I DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE</u>	<u>9</u>
2.1	Prinsippene og verdiene som ligger bak Draft Common Frame of Reference	9
2.2	Kontraktsfrihet og partsautonomi vs. hensynet til svake parter.	21
<u>3</u>	<u>STRUKTUREN I DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE</u>	<u>25</u>
3.1	Kort overblikk over struktur og oppbygning av Draft Common Frame of Reference	25
3.2	Den generelle struktur og innvendinger som har fremkommet mot den	27
3.2.1	Organiseringen som ”a law of obligations” og kritikken rundt det ”tyske” preget.	27
3.2.2	Struktur og begrepsbruk	31
3.3	Passer reglene i Book III for alle ”obligations”?	33
3.3.1	Reglene i Book III og forholdet til ”Non-contractual liability arising out of damage caused to another”	34
3.3.2	Reglene i Book III og forholdet til ”Unjustified enrichment” og ”Benevolent intervention in another’s affairs”	37
3.3.3	De generelle reglene i Book III - hovedsakelig praktiske i en kontraktsrettslig sammenheng?	39
3.4	Struktur og regler i Book IV med fokus på tjenestekontraktene.	41

3.5	En restrukturering av Draft Common Frame of Reference?	45
<u>4</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER OM FREMTIDEN FOR DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE</u>	<u>50</u>
<u>5</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>56</u>

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Temaet for denne oppgaven er Draft Common Frame of Reference (DCFR), som ble publisert i Interim Outline Edition i 2008¹, og i Outline Edition i 2009², og er et fellesverk mellom Study Group on a European Civil Code og Research Group on EC Private Law (Aquis Group), og inneholder “Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law”.³ En endelig utgave av Draft Common Frame of Reference med tilhørende kommentarer ble utgitt i oktober 2009.⁴ Denne oppgaven baserer seg på Outline Edition. Den foreliggende Draft Common Frame of Reference har som formål, blant flere andre, å være et akademisk utkast for utarbeidelsen av en mulig politisk Common Frame of Reference⁵ for europeisk kontraktsrett slik forutsatt i EU-kommisjonens kommunikasjoner fra 2003⁶ og 2004.⁷

I denne oppgaven vil jeg trekke frem og drøfte noen aspekter ved Draft Common Frame of Reference som det har vært og er debatt rundt. Jeg vil fokusere på de bakenforliggende verdier og prinsipper, strukturen og oppbygningen av regelmassen, og jeg vil også i forbindelse med dette drøfte språk- og begrepsbruk. Til slutt vil jeg komme med noen avsluttende bemerkninger om fremtiden for Draft Common Frame of Reference.

¹ Draft Common Frame of Reference (2008).

² Draft Common Frame of Reference (2009).

³ *ibid.* Introduction s.3-4.

⁴ Draft Common Frame of Reference Full Edition (2009).

⁵ Draft Common Frame of Reference (2009) Introduction paragraph 6 s.7.

⁶ Communication A More Coherent European Contract Law An Action Plan (2003)

⁷ Communication European Contract Law and the revision of the *aquis*: the way forward (2004).

Jeg vil i det følgende benytte forkortelsen DCFR for Draft Common Frame of Reference og CFR for Common Frame of Reference i drøftelsene.

1.2 Draft Common Frame of Reference – bakgrunn og formål

Bakgrunnen for DCFR er følgende:

I 2001 kom EU-kommisjonen med ”Communication ... on European Contract Law⁸”, der formålet var å oppfordre til en bredere debatt om europeisk kontraktsrett.⁹ EU-kommisjonen var særlig interessert i hvorvidt sameksistensen av nasjonal kontraktslovgivning i medlemsstatene direkte eller indirekte skaper hindre for fungeringen av det indre marked, og i tilfelle i hvilken utstrekning.¹⁰

Denne ble etterfulgt i 2003 av EU-kommisjonens ”Communication ... A more coherent European contract law an action plan”¹¹, der EU-kommisjonen foreslår en Common Frame of Reference¹², som skal ”...provide for best solutions in terms of common terminology and rules...”.¹³ Målsetningene med CFR skal være å forbedre eksisterende EU-lovgivning, å være et instrument som kan føre til større likhet mellom kontraktslovgivningen i medlemsstatene, og være basis for EU-kommisjonens refleksjoner rundt hvorvidt det er behov for et ”optional instrument” for å løse problemer på området for europeisk kontraktsrett.¹⁴ EU-kommisjonen gjorde det videre klart at de ville basere CFR på allerede foreliggende forskning.¹⁵

⁸Communication on European Contract Law (2001).

⁹ ibid. paragraph 11 s.6.

¹⁰ ibid. paragraph 23 s.8.

¹¹ Communication A More Coherent European Contract Law An Action Plan(2003).

¹² ibid. paragraph 4.1.1,59 flg. s.16.

¹³ ibid. s.2.

¹⁴ ibid. paragraph 62 s.16.

¹⁵ ibid. paragraph 66 s.18.

I 2004 fulgte ”Communication ... European Contract Law and the revision of the *aquis*: the way forward”¹⁶, her gjøres det videre rede for hvordan CFR kan brukes til å forbedre eksisterende og fremtidig EU-lovgivning. Det fremgår her at det er det som er hovedmålsetningen for CFR: ”The main goal of the CFR is to serve as a tool box for the Commission when preparing proposals, both for reviewing the existing *aquis* and for new instruments”¹⁷, selv om de to andre målsetningene fra kommunikasjonen fra 2003 også nevnes; EU-kommisjonen vil fortsette å vurdere behovet for et ”optional instrument” parallelt med arbeidet med CFR¹⁸, dessuten nevnes at EU-kommisjonen vil sette opp en nettside for utveksling av informasjon rundt standardvilkår på EU-nivå for deltakere i markedet.¹⁹ EU-kommisjonen vil finansiere 3 års forskning under ”Sixth Framework Programme for research and technological development” for å sikre seg at CFR oppnår en høy kvalitet.²⁰

Det var ”coPECL Network of Excellence” som fikk oppgaven med CFR, dette nettverket består blant annet av Study Group on a European Civil Code, og The Research Group on EC Private law (Aquis Group).²¹

Som nevnt over ville EU-kommisjonen nyttiggjøre seg tidligere forskning, og forskningen på dette området var kommet i gang i lang tid før EU-kommisjonens initiativ, som det sies i introduksjonen til DCFR ”It must be stressed that what we refer to today as the DCFR originates in an initiative of European legal scholars. It amounts to the compression into rule form of decades of independent research and co-operation by academics with expertise in private law, comparative law and European Community law.”²² Et eksempel på dette er at Draft Common Frame of Reference er delvis basert på Principles of European Contract Law (PECL).²³ PECL ble utarbeidet av The Commission on European Contract Law²⁴, og

¹⁶ Communication European Contract Law and the revision of the *aquis*: the way forward(2004).

¹⁷ *ibid.* s.14.

¹⁸ *ibid.* paragraph 2.3. s.8.

¹⁹ *ibid.* paragraph 2.2.3.1 s.7.

²⁰ *ibid.* paragraph 3.1.1 s.9.

²¹ www.copeccl.org, under ”Home”.

²² Draft Common Frame of Reference (2009) Introduction paragraph 4. s.6.

²³ *ibid.* Introduction paragraph 49 s.30.

initiativtakerne og deltakerne har vært privatpersoner fra EU-landene rekruttert i kraft av faglig tyngde, og ønske om at flest mulig medlemsland skal være representert.²⁵ PECL er ment å anvendes som "...general rules of contract law in the European Communities."²⁶, men anvendelsen av PECL avhenger av partenes valg, se nærmere art.1:101, PECL er ikke et politisk legitimert arbeid innenfor EU. PECL gir regler for sentrale områder av kontraktsrett.

Den foreliggende DCFR har som formål, blant flere andre, å være et utkast for utarbeidelsen av en politisk CFR.²⁷ De andre formålene som er nevnt er at DCFR er en akademisk tekst som man håper at vil fremme kunnskap om privatrett i jurisdiksjonene innenfor EU²⁸, og også at man håper at DCFR vil bli sett som en tekst som kan inspirere til passende løsninger i privatretslige spørsmål også utenfor den akademiske verden.²⁹ Det er viktig å understreke at DCFR er en akademisk tekst, den er ikke politisk legitimert.³⁰

1.3 Er det mulig og ønskelig med større harmonisering av europeisk privatrett?

DCFR er et ledd i arbeidet mot videre harmonisering av europeisk privatrett. Et viktig spørsmål i denne sammenheng er hvorvidt det er mulig og ønskelig med større harmonisering av europeisk privatrett, dette kanskje særlig fordi de rettslige reglene i et land må anses som del av kulturen. Det er og har vært mange meninger om dette, jeg vil trekke frem noen av dem i det følgende.

Flere ønsker en større harmonisering av europeisk privatrett, f.eks. Ole Lando, som fremholder i artikkelen "Culture and Contract Laws"³¹ den felles europeiske kultur som et

²⁴ Principles of European Contract Law(2000), Principles of European Contract Law(2003).

²⁵ Hagstrøm (2003) s.62.

²⁶ Principles of European Contract Law (2000) art.1:101(1) s.2.

²⁷ Draft Common Frame of Reference (2009) Introduction paragraph 6 s.7.

²⁸ ibid. Introduction paragraph 7 s.7.

²⁹ ibid. Introduction paragraph 8 s.7-8.

³⁰ ibid. Introduction paragraph 4 s.6.

³¹ Lando (2007)a.

grunnlag for en europeisk kontraktsrett³², og hevder at kontraktslovgivning ofte skiller seg mer fra hverandre i formuleringer og teknikk, enn i resultatene.³³ Videre hevder han “Contract Law is more a question of ethics, economics and techniques that are common to all Europeans, than it is a question of conserving ancient relics of a dead past. European consumers are not helped by cultural diversity.”³⁴

Enkelte går så langt som å ønske seg en ”civil code” for Europa, en av dem er Hugh Collins som argumenterer for en europeisk “civil code” i artikkelen “Why Europe Needs a Civil Code”.³⁵ Han mener Europa trenger en “civil code” fordi: “...it will help to build a transnational community in which there is a shared identity of being European.”³⁶ “Private law in the form of a code or common principles to govern dealings between citizens can provide the foundations for a European civil society.”³⁷ Ifølge Collins er det også slik at for å bygge og beskytte den europeiske sosiale modellen ”...against the forces of globalization, it will be necessary to articulate and institutionalize the model through principles of private law, together with other kinds of economic and social regulation.”³⁸ Jerzy Rajski argumenterer i artikkelen “For a Progressive Codification of European Private Law”³⁹ for en progressiv kodifisering av europeisk privatrett: “It results from the very essence of a European common market that it should be based on a common framework of private law governing economic relations.”⁴⁰ Rajski fremholder videre “However, legal doctrine, mindful of common historical roots shared by contemporary legal systems of the EU Member States, should insist on addressing their similarities and discovering a contemporary *ius europeae*.”⁴¹

³² *ibid.* s.17.

³³ *l.c.*

³⁴ *ibid.* s.18.

³⁵ Collins (2007).

³⁶ *ibid.* s.260.

³⁷ *l.c.*

³⁸ *ibid.* s.261.

³⁹ Rajski (2007).

⁴⁰ *ibid.* s.825.

⁴¹ *ibid.* s.830.

Andre er positive til harmonisering der det er nødvendig, men vil ikke gå så langt som en “civil code”. Hans-W Micklitz uttaler i artikkelen “Review of Academic Approaches to the European Contract Law Codification Project”⁴² at han ikke mener at Europa trenger en “...unified body of private law...”.⁴³ Hans grunner for dette er følgende “There are two reasons why I am rejecting the idea of a possible codification of private law. The Member States’ national private legal orders are based on different legal tradition and cultures.”⁴⁴ Imidlertid fastholder han at noe harmonisering kan være nødvendig: “Harmonized private law is required only in those sectors of the economy where common rules are needed to secure economic efficiency of market transactions.”⁴⁵ Hugh Beale er i artikkelen “The Future of the Common Frame of Reference”⁴⁶ heller ikke tilhenger av en europeisk “civil code”, men han påpeker at “We may need to harmonise certain areas where differences in legal traditions genuinely hinder trade.”⁴⁷ “But we don’t need to unify our contract laws or even to harmonise everything.”⁴⁸

Et motsatt ytterpunkt i den pågående harmoniseringsprosessen inntas av Pierre Legrand i artikkelen “Antivonbar”.⁴⁹ Her drøfter han den pågående harmonisering i form av arbeidet mot en mulig Common Frame of Reference under professor Christian von Bar (redaktør av DCFR). Legrand kritiserer den behandlingen common law tradisjonen (den engelske rettstradisjon) får i dette arbeidet, common law blir ifølge Legrand “...chloroformed without more ado.”⁵⁰ Han fremholder videre at “There may be a certain *grandeur* to the rhetoric of European civil codification ...It must be seen, though, what is sacrificed in order to obtain *grandeur* has to do with sources of understanding like experience, custom, convention, intuition, perception, awareness...There is simply no way to establish a claim

⁴² Micklitz (2007).

⁴³ *ibid.* s.701.

⁴⁴ *ibid.* s.701.

⁴⁵ *ibid.* s.702.

⁴⁶ Beale (2007).

⁴⁷ *ibid.* s.275.

⁴⁸ *ibid.* s.276.

⁴⁹ Legrand (2007).

⁵⁰ *ibid.* s.25.

to the effect that one legal form permits a better grasp of the world than all others or is a better instrument of communication than all others.”⁵¹

Et annet kritisk synspunkt mot den pågående harmoniseringsprosessen gjennom arbeidet med CFR inntas av Lord Jonathan Mance. I artikkelen “Is Europe aiming to Civilise the Common Law”⁵² hevder han at “...the time is not yet ripe for wholesale codification. Whatever the Community’s powers, the stakeholders process operated as a reality check on the rather romantic notion of a modern jus commune.”⁵³ Mance har også innvendinger mot måten arbeidet med en Common Frame of Reference har kommet i gang på: “Secondly, there is a need for a structured, evolutionary approach. European contract law is a developing phenomenon which is here to stay. It cannot be ignored and, where it exists, it needs attention. Thirdly, any project like the CFR requires most careful definition, organisation and presentation. The coupling of a useful Commission project with a useful academic project which already had its own direction and momentum has not proved entirely happy.”⁵⁴ Han stiller også spørsmål ved om det virkelig er behov for videre harmonisering på EU-nivå: ”Are there really **appreciable** obstacles to cross-border trade, which a new measure would prevent? Could the same objectives be **sufficiently achieved** by Member States? Or is Community action called for, bearing in mind that it is only justified if **necessary** to achieve the objectives of the Treaty?”⁵⁵

Noen har kritisert harmoniseringsbestrebelsene innenfor europeisk privatrett for å fokusere for lite på ”social justice”. F.eks. Study Group on Social Justice in European Private Law som kritiserer den pågående prosessen med harmonisering av europeisk privat rett i ”Social Justice in European Contract Law, a Manifesto”.⁵⁶ Kritikken er rettet mot fremgangsmåten til EU, det de kaller ”the technocratic approach”, det vil si at harmoniseringen av europeisk privatrett har blitt presentert av EU-kommisjonen kun i forbindelse med fullføringen av det

⁵¹ ibid. s.35.

⁵² Mance (2007).

⁵³ ibid. s.97.

⁵⁴ l.c.

⁵⁵ l.c.

⁵⁶ The Study Group on Social Justice in European Private law (2004).

indre marked i EU.⁵⁷ Artikkelforfatterne argumenterer for at det er en feiltakelse å oppfatte det pågående prosjektet om et europeisk privatrettssystem som kun et tiltak innen byggingen av det indre marked, fordi privatrett bestemmer de grunnleggende regler som styrer sosial rettferdighet ("social justice") i markedet.⁵⁸ Videre påpekes at viktigheten av sosial rettferdighet i kontraktsretten⁵⁹, og viktigheten av at dette blir et demokratisk prosjekt, ikke teknokratisk⁶⁰, og artikkelforfatterne ber EU-kommisjonen, Rådet og Parlamentet om å "...redirect the project, to rethink the scope and direction of the *Action Plan*, and to recognise its responsibility to steer the process of constructing European private law in ways that will secure the legitimacy of its scheme of social justice."⁶¹

Enkelte har påpekt at det kan være usikkert hvor langt EU har kompetanse til å harmonisere europeisk kontraktsrett, f.eks. Stephen Weatherill i artikkelen "Constitutional Issues – How Much is Best Left Unsaid".⁶² Han fremholder at "What has remained largely hidden in the debate about what the EC *should* do is the question of what is it is *constitutionally* competent to do."⁶³ Han påpeker at EU har "...only the competence conferred on it by its Member States. And an inspection of the text of the Treaty will reveal that it enjoys no explicit general competence to legislate in the field of contract law."⁶⁴ Dette er også et interessant aspekt av harmoniseringsdebatten.

Dette er et tema der debatten fremdeles pågår for fullt, og det er ingen klare svar i en slik sammenheng. Jeg vil i det følgende fokusere på DCFR slik den nå foreligger.

⁵⁷ *ibid.* s.655-656.

⁵⁸ *ibid.* s.673.

⁵⁹ *l.c.*

⁶⁰ *l.c.*

⁶¹ *ibid.* s.674.

⁶² Weatherill (2006).

⁶³ *ibid.* s.89.

⁶⁴ *ibid.* s.90.

1.4 Videre fremstilling

I det følgende vil jeg først drøfte verdier og prinsipper for DCFR i punkt 2. Deretter vil jeg drøfte strukturen og oppbygningen av regelmassen i DCFR i punkt 3, og i forbindelse med det noen aspekter ved språk- og begrepsbruk brukt i DCFR. Jeg vil så komme med noen avsluttende bemerkninger om fremtiden til DCFR i punkt 4.

Denne oppgaven baserer seg som nevnt på Outline Edition av Draft Common Frame of Reference fra 2009⁶⁵. Jeg vil i enkelte sammenhenger foreta sammenligninger med Draft Common Frame of Reference slik den forelå i Interim Outline Edition fra 2008⁶⁶, men da vil jeg spesielt påpeke dette, alle henvisninger vil ellers være til Outline Edition fra 2009.

2 Verdier og prinsipper i Draft Common Frame of Reference

I denne delen vil jeg drøfte de bakenforliggende verdiene og prinsippene i DCFR. I 2.1 vil jeg drøfte de verdier og prinsipper som DCFR oppgis å bygge på og skal ivareta. I 2.2 vil jeg fremheve en pågående debatt om hvordan balansen mellom partsautonomi/kontraktsfrihet og hensynet til svake parter burde være i DCFR.

2.1 Prinsippene og verdiene som ligger bak Draft Common Frame of Reference

De bakenforliggende prinsippene i DCFR er interessante å drøfte av flere grunner. De kan være nyttige for å forstå reglene i DCFR, og de kan være nyttige i den konkrete tolkningen

⁶⁵ Draft Common Frame of Reference (2009).

⁶⁶ Draft Common Frame of Reference (2008).

av reglene i DCFR. Ved å ta hensyn til disse prinsippene kan man komme frem til hvilke verdier og prinsipper som bør få avgjørende vekt i tvilstilfeller i praktiske tolkingstilfeller. Det fremkommer av art. 102(4) i Book I "Issues within the scope of the rules but not expressly settled by the them are so far as possible to be settled in accordance with the principles underlying them". Altså en henvisning til de bakenforliggende prinsippene. Det kan derfor være interessant å drøfte litt nærmere rundt dem. Et interessant synspunkt finnes i artikkelen "Common Frame of Reference and Social Justice" der Martijn Hesselink påpeker at dersom listen av underliggende prinsipper og verdier blir del av en endelig CFR er det sannsynlig at den vil spille en viktig rolle i tolkning og videre utvikling av CFR, særlig av domstolene (nasjonale og EU-domstolen) og som videre referanseramme for lovgivere, domstoler og akademikere, på både EU-nivå og nasjonalt nivå, i videre utvikling av det eksisterende multinivå systemet av privatrett i Europa og dets felles europeiske metode.⁶⁷ Dette synspunktet forutsetter at prinsippene blir tatt opp innledningsvis i CFR, som en "Preamble", og at DCFR etterfølges av en politisk CFR.⁶⁸ Tiden vil vise om dette blir tilfelle, men de underliggende prinsippene og verdiene vil uansett kunne være relevante for tolkningen av reglene i DCFR.

De bakenforliggende verdier og prinsipper for DCFR beskrives i introduksjonen til DCFR. Det skilles mellom de såkalte "underlying principles" og "overriding principles".⁶⁹ Som "underlying principles" regnes "Freedom, security, justice and efficiency",⁷⁰ disse prinsippene beskrives som "all-pervasive", altså som altgjennomtrengende, og kan finnes ved å se på modellreglene DCFR inneholder.⁷¹ Disse prinsippene er samlet i kapittelet om "Principles",⁷² der de forklares grundigere. "Overriding principles" er en annen kategori, disse beskrives som prinsipper som er av "a rather high political nature", og er hovedsakelig relevant for en vurdering fra utsiden av DCFR som en helhet.⁷³ Disse

⁶⁷ Hesselink (2008) s.258.

⁶⁸ *ibid.* s.258.

⁶⁹ Draft Common Frame of Reference (2009) Introduction paragraph 14-16.

⁷⁰ *ibid.* paragraph 14.

⁷¹ *l.c.*

⁷² *ibid.* Principles s.57 flg.

⁷³ *ibid.* Introduction paragraph 14 s.13.

”overriding principles” er ”...the protection of human rights, the promotion of solidarity and social responsibility, the preservation of cultural and linguistic diversity, the protection and promotion of welfare and the promotion of the internal market.”⁷⁴ Imidlertid nevnes at de tidligere nevnte “underlying principles” også spiller en rolle som “overriding principles”, at de har en dobbel rolle.⁷⁵

DCFR har som nevnt nå fått et eget kapittel om ”Principles”.⁷⁶ Dette til forskjell fra Interim Outline Edition av DCFR fra 2008 som ikke hadde dette, men bare listet opp de nevnte prinsippene i introduksjonen⁷⁷, det var mye av de samme prinsippene, og de var alle organisert på samme nivå.⁷⁸ I denne utgaven ble det presentert som et åpent spørsmål om DCFR skulle introduseres med ”...some ‘Fundamental Principles’ which reflect its underlying values, to assist the reader to understand the CFR more fully and to give general guidance to those who are using the CFR when preparing legislation.”⁷⁹ Flere kritiserte denne fremgangsmåten og ønsket at de fundamentale prinsippene nevnt i introduksjonen i Interim Outline Edition skulle bli en del av DCFR, og ikke bare nevnes i introduksjonen. Ole Lando argumenterte i artikkelen ”The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)”⁸⁰ for at de fundamentale prinsippene burde være inkludert i Book I, på samme måte som det er gjort i PECL og UPICC.⁸¹ (Disse forkortelsene står for UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts⁸² og Principles of European Contract Law⁸³). Martijn Hesselink nevner i artikkelen ”Common Frame of Reference and Social Justice” at han er klart for å inkludere ”a statement of fundamental principles” i den endelige CFR.⁸⁴ Til en viss grad har altså denne kritikken blitt hørt og tatt hensyn til, imidlertid er ikke dette kapittelet en del av Book I slik Ole Lando argumenterte for, men et

⁷⁴ *ibid.* Introduction paragraph 16 s.14.

⁷⁵ *I.c.*

⁷⁶ *ibid.* Principles s.57 flg.

⁷⁷ Draft Common Frame of Reference (2008) Introduction paragraph 15-36 s.10-18.

⁷⁸ *I.c.*

⁷⁹ *ibid.* Introduction paragraph 15 s.10.

⁸⁰ Lando (2007)b.

⁸¹ *Ibid.* s.249.

⁸² UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2004).

⁸³ Principles of European Contract Law (2000), Principles of European Contract Law (2003).

⁸⁴ Hesselink (2008) s.259.

eget kapittel før Book I. Forfatterne av DCFR gjør det imidlertid klart i introduksjonen at det ikke synes passende etter deres syn å inkorporere prinsippene som "...a block of actual model rules at the beginning of the DCFR. They function at a different level."⁸⁵ Det fremheves videre at prinsippene er destillert fra reglene i DCFR og har en mer beskrivende funksjon, og at det ville svekke DCFR å ekstrahere dem og putte dem i en gruppe i begynnelsen.⁸⁶ Dette er altså bakgrunnen for at prinsippene ikke er innlemmet i Book I.

I kapittelet "Principles" forklares de 4 "underlying principles" (jeg vil i det følgende omtale dem som underliggende prinsipper) "Freedom", "Security", "Justice" and "Efficiency".⁸⁷

"Freedom" (heretter frihet) er det første av de underliggende prinsippene som drøftes i dette kapittelet.⁸⁸ Det fremheves at frihet har flere aspekter som underliggende prinsipp i privatretten; frihet kan bli beskyttet ved ikke å pålegge preseptoriske regler eller andre kontrollmekanismer, og ved ikke å pålegge unødvendige restriksjoner av formell eller prosedyremessig art, og frihet kan fremmes ved å fremme personers muligheter til å foreta seg ting.⁸⁹ Det nevnes at begge disse aspektene er til stede i DCFR, det første ved den generelle tilnærmelsen til kontraktsfrihet, det andre ved å sørge for bakgrunnsregler (deklaratoriske regler) som gjør det enklere og mindre kostbart å inngå velregulerte rettslige forhold.⁹⁰ Deretter drøftes i "Principles" den kontraktsrettslige frihet, med kontraktsfriheten som startpunkt; "As a rule, natural and legal persons should be free to decide whether or not to contract and with whom to contract."⁹¹ Det fremheves at det kan tenkes restriksjoner på kontraktsfriheten i visse situasjoner, f.eks. ugyldighet ved kontrakter som er svært skadelige for tredjepersoner eller samfunnet generelt⁹², og ugyldighet der en part ikke har vært fri eller har vært feilinformert.⁹³ Videre at det kan tenkes restriksjoner på

⁸⁵ Draft Common Frame of Reference (2009) Introduction paragraph 13 s.12.

⁸⁶ I.c.

⁸⁷ ibid. Principles s.57 flg.

⁸⁸ Ibid. Principles paragraph 2 s.61.

⁸⁹ I.c.

⁹⁰ I.c.

⁹¹ ibid. Principles paragraph 3 s.62.

⁹² ibid. Principles paragraph 5 s.64.

⁹³ ibid. Principles paragraph 6 s.65.

friheten til å velge kontraktspartner der dette kan resultere i uakseptabel diskriminering⁹⁴, og restriksjoner på friheten til å tilbakeholde informasjon i den prekontraktuelle fasen.⁹⁵ Videre fremheves viktigheten av informasjon om kontraktsvilkårene (særlig i forbindelse med standardvilkår)⁹⁶ og å korrigere ulikheter i forhandlingsposisjon.⁹⁷ Det påpekes at ”minimum intervention” gjelder når det er tale om inngrep i kontraktsfriheten; ”In general terms, the interference with freedom of contract should be the minimum that will solve the problem while providing the other party ... with sufficient guidance to be able to arrange its affairs efficiently”.⁹⁸ Det nevnes noe om frihet i en ikke-kontraktsrettslig sammenheng, det vises blant annet til reglene om ”Unjustified enrichment”, ”Benevolent intervention in another’s affairs” og ”Non-contractual liability for damage caused to another” og hvordan det underliggende prinsippet om frihet er ivaretatt ved at disse forpliktelsene kun pålegges der det klart er rettferdigjort.⁹⁹ Til slutt vises til at prinsippet om partsautonomi må være klart modifisert i reglene om eiendomsrett, men at innen visse grenser er prinsippet om partsautonomi reflektert i Book VIII.¹⁰⁰ Det man kan se av denne oppsummeringen er at det underliggende prinsippet om frihet er for det meste sentrert rundt den kontraktsrettslige frihet, nemlig kontraktsfriheten, selv om det sies noe om frihet også i en ikke-kontraktsrettslige sammenheng. Kontraktsfriheten er naturlig nok sentral i DCFR, men den er ikke unntaksfri.

Det neste underliggende prinsippet som nevnes er ”Security”, her nevnes en rekke regler og prinsipper som ivaretar ”Security” i og utenfor kontraktsforhold.¹⁰¹ Prinsippet om ”Security” kan kanskje oversettes til sikkerhet eller forutberegnelighet i kontraktsforhold. En av de første aspektene av ”Security” som nevnes er ”Protection of reasonable reliance and expectations”¹⁰², deretter nevnes ”The principle of binding force”¹⁰³, men at det i noen

⁹⁴ ibid. Principles paragraph 7 s.65-66.

⁹⁵ ibid. Principles paragraph 8 s.66.

⁹⁶ ibid. Principles paragraph 9 s.67.

⁹⁷ ibid. Principles paragraph 10 s.67-68.

⁹⁸ ibid. Principles paragraph 11 s.68-69.

⁹⁹ ibid. Principles paragraph 13 s.69.

¹⁰⁰ ibid. Principles paragraph 14,15 s.70-71.

¹⁰¹ ibid. Principles paragraph 16-39 s.71-84.

¹⁰² ibid. Principles paragraph 19 s.73.

tilfeller kan være urimelig å kreve en kontraktsforpliktelse prestert der man står ovenfor ”exceptional change of circumstances”.¹⁰⁴ Et generelt spørsmål som nevnes er hvorvidt kontraktsmessig ”Security” fremmes best ved faste regler, eller med regler som bruker åpne termer som f.eks. ”reasonable”, og det fastslås at dette avhenger av typen kontrakt.¹⁰⁵ Det nevnes videre en del andre aspekter ved DCFR som fremmer ”security” i kontraktsforhold; forpliktelsen til å handle i samsvar med kravene til ”good faith”¹⁰⁶, plikten til å samarbeide¹⁰⁷, dessuten at inkonsistent oppførsel nå er kvalifisert som ikke å være i samsvar med ”good faith og fair dealing”¹⁰⁸, deretter vises det til muligheten til å kreve naturaloppfyllelse¹⁰⁹ og andre misligholdsbeføyelser.¹¹⁰ Til sist vises det til målet om ”Maintaining the contractual relationship”¹¹¹, og avslutningsvis at reglene om ”personal security” i Book IV G fremmer kontraktsmessig sikkerhet ved å gi kreditor en ekstra person å kreve forpliktelsen fra dersom debitor svikter.¹¹²

”Security” nevnes også som et ”core aim” også for ikke-kontraktuelle forpliktelser, det nevnes f.eks. at reglene i Book VI om ”non-contractual liability for damage” ivaretar beskyttelsen av eiendeler¹¹³, at erstatningsreglene beskytter status quo mot ufrivillige endringer¹¹⁴ og bidrar til å beskytte personer og menneskerettigheter¹¹⁵, at reglene om ”unjustified enrichment” også beskytter ”security”¹¹⁶, videre at ”security” er et ”core aim” også for Book VIII om ”property”.¹¹⁷ Disse reglene er altså alle eksempler på regler som fremmer ”Security”, eller forutberegnelighet om man vil, i og utenfor kontraktsforhold.

¹⁰³ ibid. Principles paragraph 20 s.74.

¹⁰⁴ ibid. Principles paragraph 21 s.75.

¹⁰⁵ ibid. Principles paragraph 22 s.75-76.

¹⁰⁶ ibid. Principles paragraph 23 s.76.

¹⁰⁷ ibid. Principles paragraph 24 s.77.

¹⁰⁸ ibid. Principles paragraph 25 s.77.

¹⁰⁹ ibid. Principles paragraph 26 s.77.

¹¹⁰ ibid. Principles paragraph 27 s.78.

¹¹¹ ibid. Principles paragraph 28 s.79.

¹¹² ibid. Principles paragraph 29 s.79-80.

¹¹³ ibid. Principles paragraph 30 s.80.

¹¹⁴ ibid. Principles paragraph 31 s.80.

¹¹⁵ ibid. Principles paragraph 32,33 s.81.

¹¹⁶ ibid. Principles paragraph 35 s.82.

¹¹⁷ ibid. Principles paragraph 36 s.82-83.

Det er utvilsomt et viktig prinsipp i en kontraktsrettslig sammenheng, men også utenfor en slik sammenheng. Disse aspektene av "Security" er alle ganske kjente regler som virker fornuftige i en slik sammenheng.

"Justice" (rettferdighet) er det tredje av de underliggende prinsippene, det kalles et altgjennomtrengende prinsipp i DCFR.¹¹⁸ Det fastslås at det er "...hard to define, impossible to measure and subjective at the edges, but clear cases of injustice are universally recognised and universally abhorred."¹¹⁹ De fleste vil være enige i at "Justice" er et godt og riktig prinsipp, men begrepet er ganske vagt og ikke helt entydig. Eidenmüller m. flere viser i artikkelen "The Common Frame of Reference for European Private Law --Policy Choices and Codification Problems"¹²⁰ til at det "er vidt forskjellige forståelser av meningen og omfanget av begrepet "Justice"; "Sometimes the term is used in the sense of equality... sometimes only as a substitute for an ethical conception ... It can also refer to procedural notions of justice..¹²¹ I DCFR har "Justice" en rekke aspekter i en kontraktsmessig sammenheng; behandle like tilfeller likt¹²², ikke la personer basere seg på egen ulovlig, uærlig eller urimelig oppførsel¹²³, ikke la personer ta urimelige fordeler¹²⁴, ikke la personer fremme svært overdrevne krav¹²⁵, ansvar for konsekvenser¹²⁶ (f.eks. gjennom erstatning som i Book VI), og beskyttelse av sårbare parter.¹²⁷ I en ikke-kontraktsrettslig sammenheng vises det til at mange av de nevnte poengene også gjelder i en slik sammenheng.¹²⁸

"Efficiency" (effektivitet) er det siste av de underliggende prinsippene, og har to overlappende aspekter; effektivitet for partene som kan tenkes å bruke reglene, og

¹¹⁸ *ibid.* Principles paragraph 40 s.84.

¹¹⁹ *l.c.*

¹²⁰ Eidenmüller..[et al](2008).

¹²¹ *ibid.* s.671.

¹²² Draft Common Frame of Reference (2009) Principles paragraph 41 s.85.

¹²³ *ibid.* Principles paragraph 42 s.85.

¹²⁴ *ibid.* Principles paragraph 43 s.87.

¹²⁵ *ibid.* Principles paragraph 44 s.87.

¹²⁶ *ibid.* Principles paragraph 45 s.88.

¹²⁷ *ibid.* Principles paragraph 46 s.88.

¹²⁸ *ibid.* Principles paragraph 47 s.90.

effektivitet for videre offentlige formål.¹²⁹ Når det gjelder det første aspektet vises til at DCFR inneholder ”Minimal formal and procedural restrictions”¹³⁰ og også ”minimal substantive restrictions”.¹³¹ Det vises også til at DCFR inneholder også ”extensive default rules” for vanlige kontrakter og kontraktsrettslige problemer, noe som fremmer effektivitet.¹³² Når det gjelder effektivitet for videre formål så fremheves at reglene i DCFR generelt er ment å være slik at de vil fremme økonomisk velferd, og enhver lovgivningsmessig intervensjon må måles mot dette kriteriet.¹³³ Det henvises til at reglene om informasjonsplikter kan fremme økonomisk velferd¹³⁴, ellers nevnes noen misligholdsbeføyelser¹³⁵, og reglene om foreldelse.¹³⁶

Når det gjelder de såkalte ”overriding principles” som nevnes i introduksjonen¹³⁷: ”Protection of human rights”, ”Promotion of solidarity and social responsibility”, ”Preservation of cultural and linguistic diversity”, ”Protection and promotion of welfare” og ”Promotion of the internal market”¹³⁸, så er ikke disse forklart i samme grad som de ”underlying principles” diskutert over. Disse prinsippene bærer mer preg av en opplisting, det er ikke helt klart ved å se på denne opplistingen hvordan disse prinsippene skal ivaretas. De er som nevnt ment som et vurderingsgrunnlag av DCFR utenifra, og er av en høy politisk karakter¹³⁹, imidlertid kan det tenkes at disse prinsippene vil kunne komme inn i tolkingen av regler i DCFR også. Disse prinsippene er utvilsomt viktige, men helt klare er de ikke, begrepene er ganske vide og vage. F.eks. er det ikke helt enkelt å avgjøre hva som egentlig ligger i ”Protection and promotion of welfare”, er det velferd for enkeltpersoner, for kommersielle parter, for stater, eller for EU som enhet? Det sies imidlertid om dette prinsippet at ”Although all-embracing, this principle is too general to

¹²⁹ *ibid.* Principles paragraph 54 s.94.

¹³⁰ *ibid.* Principles paragraph 55 s.94.

¹³¹ *ibid.* Principles paragraph 56 s.95.

¹³² *ibid.* Principles paragraph 57 s.95.

¹³³ *ibid.* Principles paragraph 58 s.98.

¹³⁴ *ibid.* Principles paragraph 59 s.96.

¹³⁵ *ibid.* Principles paragraph 60 s.97.

¹³⁶ *ibid.* Principles paragraph 61 s.98.

¹³⁷ *ibid.* Introduction paragraph 17-22 s.14-17.

¹³⁸ *l.c.*

¹³⁹ *ibid.* Introduction paragraph 14 s.13.

be useful on its own.”¹⁴⁰ DCFR ble kritisert for manglende klarhet i de såkalte fundamentale prinsippene den inneholdt i Interim Outline Edition fra 2008, blant annet av Eidenmüller m. flere som hevdet: ”The result, however, is that the elaborately prepared core aims are of hardly any practical assistance when actually working with the DCFR.”¹⁴¹ I Outline Edition fra 2009 er imidlertid 4 underliggende prinsipper løftet frem og gitt en grundigere forklaring, noe som fremstår som nyttig, og et skritt i riktig retning. For å få noen klar veiledning av prinsipper i praktiske tolkningssituasjoner er det viktig at prinsippene klargjøres, og ikke fremstår som altfor vage. Imidlertid er en viss vaghet i enkelte tilfeller ikke nødvendigvis negativt, fordi det kan fremme fleksibilitet. F.eks. kan det i denne sammenheng vises til det som ble sagt om ”Justice” i kapittelet om ”Principles” nemlig: ”...hard to define, impossible to measure and subjective at the edges, but clear cases of injustice are universally recognised and universally abhorred.”¹⁴² Altså er det vanskelig å si nøyaktig hva ”Justice” er, men klare tilfeller gjenkjennes og tas avstand fra. Selv om begrepet ”Justice” kan fremstå som vagt, vil det i mange tilfeller likevel være klart hva som er i samsvar med ”Justice” og hva som ikke er det. Som nevnt er imidlertid de ”overriding principles” ikke fullt så greie å få tak på, og er derfor kanskje noe vanskeligere å bruke i tolkningen av enkeltregler i DCFR.

En annen ting som også kan være nyttig dersom prinsippene skal benyttes i praktiske tolkningstilfeller er at det interne forholdet mellom dem bør være klargjort. I Interim Outline Edition fra 2008 var alle prinsippene organisert på samme nivå¹⁴³, dette gjorde det noe uklart hvordan det skulle prioriteres dersom prinsippene kom i konflikt med hverandre. Som nevnt er dette endret i Outline Edition av DCFR fra 2009 – nå er prinsippene organisert i to forskjellige grupper, ”underlying principles” og ”overriding principles”.¹⁴⁴ Det er mulig at som følge det av organiseringen av de ”underlying principles” som er samlet og fremhevet i kapittelet ”Principles” at disse kanskje kan være viktigere, eller skal få større vekt i en tolkningssituasjon enn de ”overriding principles”, men dette er ikke klart

¹⁴⁰ *ibid.* Introduction paragraph 20 s.16-17.

¹⁴¹ Eidenmüller..[et al] (2008) s.671.

¹⁴² Draft Common Frame of Reference (2009)Principles paragraph 40 s.84.

¹⁴³ Draft Common Frame of Reference (2008)Introduction paragraph 15-36 s.10-18.

¹⁴⁴ Draft Common Frame of Reference (2009)Introduction paragraph 14 s.13.

fremhevet noe sted. Det kan imidlertid påpekes at disse to gruppene har en noe ulik karakter idet de "underlying principles" oppgis å være altgjennomtrengende og finnes ved å studere enkeltreglene, mens de "overriding principles" oppgis først og fremst å være relevante for en vurdering av DCFR som enhet utenfra.¹⁴⁵ Det kan også følge av dette at de "underlying principles" kan ha en viktigere rolle i tolkingen av reglene.

En annen ting som er interessant er at ikke alle prinsippene som er samlet i samme gruppe har den samme viktighet. F.eks. sies det i "Principles": "The fact that four principles are identified does not mean that all have equal value. Efficiency is more mundane and less fundamental than the others."¹⁴⁶ Effektivitet er altså ikke like viktig som de andre prinsippene i gruppen av underliggende prinsipper. Det sies om "Justice": "It can conflict with other principles, such as efficiency, but is not lightly to be displaced."¹⁴⁷ "Justice" (rettferdighet) skal det altså mye til for å sette til side. Statusen til prinsippet "Freedom" (frihet) er interessant. Som vist tidligere er prinsippet om frihet konsentrert mye rundt den kontraktsrettslige frihet. Det står ikke noe om forholdet til de 3 andre underliggende prinsippene i kapittelet "Principles"¹⁴⁸, men i Book II art.1:102 gjenfinnes regelen om kontraktsfrihet. Altså har en svært viktig side av dette prinsippet fått et klart uttrykk i selve reglene i DCFR. De andre 3 underliggende prinsippene har ikke fått noe slikt helt klart uttrykk i reglene, selv om det selvsagt finnes mange regler som inneholder viktige elementer av disse prinsippene også. F.eks. er en viktig side av "Security" opptatt i Book II art. 1:103; nemlig regelen om kontraktens bindende effekt. Imidlertid vil hvilket prinsipp som er viktigst nok måtte avgjøres av situasjonen i det enkelte tilfelle. Kanskje må frihet vike av hensynet til rettferdighet, f.eks. der det er nødvendig for å beskytte en svak part mot utnyttelse, f.eks. som i Book II art.7:207 der den svake parten kan trekke seg tilbake fra kontrakten i et slikt tilfelle. Det sies innledningsvis i kapittelet "Principles" at det er karakteristisk for prinsipper som de 4 "underlying principles" diskutert i dette kapittelet at de kommer i konflikt med hverandre, og at de overlapper, og at disse prinsippene "...can

¹⁴⁵ ibid. Introduction paragraph 14 s.13.

¹⁴⁶ ibid. Principles paragraph 1 s.60.

¹⁴⁷ ibid. Principles paragraph 40 s.84.

¹⁴⁸ ibid. Principles paragraph 2-16 s.61-71.

never be applied in a pure and rigid way.”¹⁴⁹ Altså må man som nevnt, foreta en avveining i det enkelte tilfelle. Når det gjelder de såkalte ”overriding principles” nevnes det at det også er karakteristisk for dem å overlappe hverandre og komme i konflikt med hverandre.¹⁵⁰ Disse prinsippene ser ut til alle å være på det samme nivået, etter introduksjonen å dømme¹⁵¹, det samme som over kan også sies om disse prinsippene, nemlig at avveiningen mellom dem må gjøres i det enkelte tilfelle.

Et interessant synspunkt når man vurderer hvordan prinsipper skal avveies mot hverandre i enkelttilfeller er forslaget til Eidenmuller m.flere i artikkelen ”The Common Frame of Reference for European Private Law--Policy Choices and Codification Problems”¹⁵² om “a number of abstract ‘conflict rules’ ... that determine when a given value prevails or may prevail and, even more importantly, the reasons relevant for this assessment should be provided.”¹⁵³ De går imidlertid ikke inn på hva slags konfliktregler de ser for seg, og behovet for slike regler har kanskje blitt noe mindre med organiseringen av prinsippene i Outline Edition av DCFR fra 2009. Det å lage slike konfliktregler om hvilke av prinsippene som skal gå foran i tilfelle konflikt er en mulig løsning. Imidlertid kan man tenke seg at det kan føre til at det blir mindre fleksibelt, og vanskeligere å ta hensyn til det enkelte tilfelle i tolkingen av reglene. Det er i tilfelle en avveining som må tas av forfatterne bak DCFR.

De ”underlying principles” og ”overriding principles” er kjente europeiske prinsipper som mange nok vil være enige i at bør ligge under en felles referanseramme for europeisk rett. Enkelte har ønsket seg flere prinsipper, f.eks. Martijn Hesselink, som mener listen over grunnleggende verdier ikke er komplett og bør suppleres, han henviser til prinsippene i Nice-charteret¹⁵⁴: ”It would be advisable to make explicit in the final list that these values (ie human dignity, freedom, equality, respect for human rights, pluralism, non-

¹⁴⁹ ibid. Principles paragraph 1 s.60-61.

¹⁵⁰ ibid. Introduction paragraph 17 s.15.

¹⁵¹ ibid. Introduction paragraph 16-22 s.14-17.

¹⁵² Eidenmüller..[et al](2008).

¹⁵³ ibid. s.672.

¹⁵⁴ Charter of Fundamental Rights of the European union (2000).

discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality) also underlie private law and that its interpretation and further development ... should also be inspired by these values.”¹⁵⁵

Enkelte av disse verdiene er nevnt i Outline Edition fra 2009, men ikke alle, f.eks. “human dignity”, “equality”, “tolerance” og “plurality” er ikke tatt med (Nice-charteret inneholder også en god del flere verdier enn de Hesselink nevner).

Når det gjelder de ”overriding principles” er de som nevnt vagt formulert og kan være vanskelig å utlede noe klar veiledning fra. Det kunne kanskje vært ønskelig med noe mer forklaring rundt disse, slik det er gjort med de underliggende prinsippene. Imidlertid er det som nevnt også mulig å se det som en generell styrke ved prinsippene at de er relativt åpne og vage, dette kan gi den nødvendige fleksibilitet i det enkelte tilfellet. Det burde kanskje også vurderes om det er flere verdier og prinsipper som burde være med, f.eks. de verdier nevnt i Nice-charteret.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Hesselink (2008) s.260.

¹⁵⁶ Charter of Fundamental Rights of the European union (2000)

2.2 Kontraktsfrihet og partsautonomi vs. hensynet til svake parter.

Når det gjelder den foreliggende Draft Common Frame of Reference er det ulike syn på hvordan balansen mellom kontraktsfrihet og partsautonomi på den ene siden bør være i forhold til andre hensyn som f.eks. hensynet til svake parter. Dette er et mer grunnleggende spørsmål om hvilke verdier som bør ligge til grunn for en mulig CFR for europeisk kontraktsrett som kan være interessant å fremheve.

På den ene siden er det flere som mener at DCFR ikke tar nok hensyn til svakere parter: f.eks. Martijn Hesselink i artikkelen ”The Common Frame of Reference as a source of European Private Law”.¹⁵⁷ Han henviser til the Study Group on Social Justice in European Private Law (som nevnt i punkt 1.3) og deres bekymringer for sosial rettferdighet, men fastslår at DCFR nå fremstår som “fairly balanced”, men han påpeker at det er rom for forbedring¹⁵⁸, og han er av den mening at som innhold i et ”optional instrument” er forbrukerbeskyttelsen tilstrekkelig, men som absolutt maksimumsharmonisering, er nivået av i DCFR utilstrekkelig.¹⁵⁹ Hesselink er også av den oppfatning at de underliggende verdiene og prinsippene bør balanseres mer¹⁶⁰, særlig påpeker han rollen gitt til prinsippet om ”...party autonomy as the only principle that is also contained in the black letter model rules seems unjustified.”¹⁶¹ Han påpeker også behovet for demokrati og repolitisering av prosessen.¹⁶² Han viser også til at der DCFR skiller seg fra PECL (Principles of European Contract Law, en av DCFRs forgjengere) er det alltid i en (neo)liberal retning, uten at det forklares.¹⁶³ Hesselink trekker frem rollen til prinsippet om ”good faith” som han mener

¹⁵⁷ Hesselink (2009).

¹⁵⁸ *ibid.* s.967.

¹⁵⁹ *l.c.*

¹⁶⁰ *ibid.* s.968.

¹⁶¹ *l.c.*

¹⁶² *ibid.* s.961 flg.

¹⁶³ *ibid.* s.968.

bør få en større rolle: "...it is important that in the final CFR the role of good faith as an undisputed legal basis for judge-made law should be restored."¹⁶⁴

En annen som også trekker frem rollen til prinsippet om "good faith" i DCFR er Ole Lando som peker på at DCFR nok går mer i retning av det liberale enn PECL i artikkelen "The Structure and Legal Values of the Common Frame of Reference".¹⁶⁵

(Lando var en av redaktørene bak PECL.¹⁶⁶) Han viser i denne sammenheng til DCFR Book III art. 1:103 der det fremgår at brudd på plikten til å handle i samsvar med "good faith and fair dealing" ikke direkte gir rett til misligholdsbeføyelser men "...may preclude the person in breach from exercising or relying on a right, remedy or defence which that person would otherwise have." Dette fører ifølge Lando til "...perhaps slightly more weight to the autonomy of the parties and leaves slightly less room for a court to hold a party liable in damages where the party has complied with the agreed terms of the contract."¹⁶⁷

Lando peker også i denne sammenheng på en bestemmelse i DCFR som også gjenfinnes i PECL 6.101(3)¹⁶⁸, men som i DCFR har blitt begrenset til forbrukertilfeller; nemlig Book II art. 9:101 (4) (nå 9:102(4)) om "Certain pre-contractual statements regarded as contract terms" der det fastlås at når den andre parten er en forbruker "...then for the purposes of paragraph (2) a public statement made by or on behalf of a producer or other person in earlier links of the business chain between the producer and consumer is treated as being made by the professional supplier unless that supplier, at the time of conclusion of the contract, did not know and could not reasonably be expected to have known of it."¹⁶⁹

Lando stiller spørsmål ved hvorfor bestemmelsen er begrenset til forbrukere, en forretningsdrivende kan også ha det samme behov.¹⁷⁰

Avslutningsvis tar Lando opp en annen bekymring, som er et interessant synspunkt, nemlig at den akademiske og liberale filosofien bak dette arbeidet kan være et av argumentene for de gruppene som "...wish to kill the European integration, arguing that the business lobby

¹⁶⁴ *ibid.* s.968.

¹⁶⁵ Lando (2007)b.s.252

¹⁶⁶ Principles of European Contract Law (2000).

¹⁶⁷ Lando (2007)b s.252

¹⁶⁸ Principles of European Contract Law (2000) art.6.101(3) s.56.

¹⁶⁹ Draft Common Frame of Reference (2009) Book II art.9:102(4) s.220.

¹⁷⁰ Lando (2007)b s.254.

steers the present and will steer the future Union, and that they will not pay attention to the interests of the man in the street...”.¹⁷¹ Dette er ifølge Lando et argument for å forberede ”a more intelligible and socially orientated CFR and to make that ... binding on the courts of the Union.”¹⁷²

Andre er av den oppfatning av DCFR legger band på partenes autonomi i for stor grad; f.eks Eidenmüller m. flere i artikkelen ”The Common Frame of Reference for European Private Law--Policy Choices and Codification Problems”¹⁷³ der artikkelforfatterne kritiserer DCFR for å legge for store bånd på partsautonomien. Blant annet protesterer de mot at det i bruken av rettslige standarder som ”good faith” og ”reasonable” ikke gjøres klart at slike inngrep i partsautonomien må være av eksepsjonell karakter, slik artikkelforfatterne mener.¹⁷⁴ Som eksempler på inngrep i partsautonomien nevnes: art.1:102(1) i Book II slik den forelå i Interim Outline Edition fra 2008 ”Parties are free to make a contract ... and to determine its contents, subject to the rules of good faith and fair dealing...”, artikkelforfatterne ser dette slik at det gir en relativt lav terskel for en dommer til å gripe inn i vilkår partene er enige om.¹⁷⁵

Denne artikkelen er altså basert på Interim Outline edition av DCFR fra 2008, denne bestemmelsen er endret i Outline Edition av DCFR fra 2009; det står nå i Book II art.1:102(1) ”Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules.” Årsaken til denne endringen er ifølge introduksjonen at henvisningen til good faith i denne sammenhengen skapte forvirring.¹⁷⁶ Imidlertid fremgår ikke helt klart hvorvidt dette er en realitetsendring, henvisningen til ”...any applicable mandatory rules” kan kanskje tenkes å omfatte good faith.

Videre nevner artikkelforfatterne plikten til å samarbeide i art.1:104 i Book III som en begrensning på partenes autonomi, artikkelforfatterne mener at denne og andre artikler som pålegger plikt til å samarbeide ”...threatens further to wear away the binding force of

¹⁷¹ ibid. s.256.

¹⁷² l.c.

¹⁷³ Eidenmüller..[et.al.](2008).

¹⁷⁴ ibid. s.678.

¹⁷⁵ ibid. s.678-679.

¹⁷⁶ Draft Common Frame of Reference (2009) Introduction paragraph 28 s.20.

contracts, as it may encourage debtors to challenge onerous obligations by relying on the vagueness of these standards ... and it may provide the judge with an opportunity to achieve just results by arbitrarily complementing the contractual provisions of the parties.”¹⁷⁷

Horst Eidenmüller (en av de nevnte artikkelforfatterne over) kritiserer DCFR på mye av det samme grunnlaget også i artikkelen ”Party Autonomy, Distributive Justice and the Conclusion of Contracts in the DCFR”.¹⁷⁸ Han kritiserer DCFR for å være karakterisert av “erosion of party autonomy” og “the expansion of judicial power”.¹⁷⁹ Han stiller spørsmål ved hvorfor DCFR ser på ivaretagelsen av partsautonomi som et mål blant mange andre og i hans mening er DCFR skyldig i ”...issuing a *carte blanche* to courts allowing them to shape the law, and hence private transactions, almost at their will?”¹⁸⁰

Hvordan kontraktsfrihet og partsautonomi bør balanseres mot beskyttelsen av svake parter kan ses på som et grunnleggende verdispørsmål. Synspunkter på dette kan avhenge av hvilket rettssystem man tilhører, hvilket verdisyn man har, osv., meningene vil være ulike. Når det gjelder f.eks. prinsippet om ”good faith” som ble trukket frem av Hesselink og Lando i artiklene over så er dette et prinsipp som kan gi adgang for rettsanvenderen til å komme til et passende resultat i de konkrete omstendigheter. Imidlertid er det ikke med å innlemme dette prinsippet og andre prinsipper i bestemmelser som et vurderingsgrunnlag, eller gi domstoler anledning til å utfylle og tilpasse kontrakter, dermed sagt at terskelen blir så lav som Eidenmüller og de andre artikkelforfatterne over ser for seg, det er ikke dermed sagt at man utsteder et ”*carte blanche*” til domstolene. Dette kan fremstå som en noe overdrevet frykt, det samme gjelder etter mitt syn den nevnte frykten for at plikten til å samarbeide i art.1:104 i Book III uten videre skulle føre til at debitor på dette grunnlaget skulle forsøke å utfordre tunge forpliktelser, og at dommere skulle komme til rettferdige resultater ved vilkårlig å utfylle partenes avtale.

¹⁷⁷ Eidenmüller....[et al] (2008). s.680.

¹⁷⁸ Eidenmüller (2009).

¹⁷⁹ *ibid.* s.116.

¹⁸⁰ *ibid.* s.118.

3 Strukturen i Draft Common Frame of Reference

3.1 Kort overblikk over struktur og oppbygning av Draft Common Frame of Reference

DCFR er organisert i 10 bøker med “Model rules”, og et ”Annex” som inneholder definisjoner¹⁸¹.

Book I inneholder noen få ”General provisions”. Book II inneholder regler om ”Contracts and other juridical acts”. Her er generelle regler i Chapter 1, regler om ”Non-discrimination” i Chapter 2, ”Marketing and pre-contractual duties i Chapter 3, ”Formation” i Chapter 4, ”Right of withdrawal” i Chapter 5, ”Representation” i Chapter 6, ”Grounds of invalidity” i Chapter 7, ”Interpretation” i Chapter 8 og ”Contents and effects of contracts” i Chapter 9. Book II inneholder med andre ord velkjente og sentrale temaer innenfor kontraktsrett, kanskje med unntak av ”non-discrimination” i kontraktsforhold som kanskje er noe uvanlig i denne sammenheng, men kan være et viktig poeng å trekke frem.

Book III “Obligations and corresponding rights” inneholder også sentrale kontraktsrettslige regler: “Performance” i Chapter 2, “Remedies for non-performance” i Chapter 3, og noen generelle regler om kontrakter i Chapter 1, men også “Plurality of debtors and creditors” i Chapter 4, ”Change of parties” i Chapter 5, ”Set-off and merger” i Chapter 6 og “Prescription” i Chapter 7.

Som man kan se av denne oppsummeringen så inneholder både Book II og Book III sentrale regler innenfor kontraktsrett. Forskjellen er den at reglene i Book III ikke kun gjelder for kontrakter, men alle ”obligations” se Book III art. 1:101, både kontraktuelle og ikke-kontraktuelle.(Se mer under neste punkt). I Book IV finnes de spesielle kontraktene: “Specific contracts and the rights and obligations arising from them”, her reguleres i Part A

¹⁸¹ Draft Common Frame of Reference (2009).

“Sales”, i Part B “Lease of goods”, i Part C “Services”: “Construction”, “Processing”, “Storage”, “Design”, “Information and advice”, og “Treatment”, i Part D “Mandate”, i Part E “Commercial agency, franchise and distributorship”, i Part F “Loan contracts”, i Part G “Personal security”, og i Part H “Donation”. Book V omhandler “Benevolent intervention in another’s affairs”. Book VI omhandler “Non-contractual liability arising out of damage caused to another”, dvs. erstatning utenfor kontrakt. Book VII omhandler “Unjustified enrichment”. I Book VIII finnes regler om ”Aquisition and loss of ownership of goods”. I Book IX regler om ”Proprietary security in movable assets”. Til slutt i Book X finnes reglene om ”Trusts”. Avslutningsvis finnes nevnte ”Annex” som inneholder definisjoner.

Rent omfangsmessige omfatter DCFR altså mye mer enn bare kontraktsrett, store deler av privatretten er også omfattet. EU-kommisjonen har i sine kommunikasjoner pekt på en Common Frame of Reference som skal omhandle europeisk kontraktsrett.¹⁸² Forfatterne av DCFR viser til at DCFR dekker et mye større område enn det EU-kommisjonen ser ut til å ha i tankene for dekningen av CFR, men at den akademiske ”frame of reference” ikke har de samme begrensningene om en politisk ”frame of reference”, og selv om DCFR har en link til CFR er den en uavhengig tekst.¹⁸³ Det vises videre til at når arbeidet startet var det ingen politiske diskusjoner på gang om noen CFR.¹⁸⁴ Det påpekes at i avtalen om finansiering av arbeidet med DCFR var de pliktige til å ta for seg alle de ovennevnte emnene, og at dette kan være fordelaktig også fra et politisk perspektiv, kun en omfattende DCFR danner en konkret basis for diskusjonen om dekningen for den politiske CFR og gjennom dette en informert beslutning av de ansvarlige politiske institusjonene.¹⁸⁵

¹⁸² Communication A More Coherent European Contract Law An Action Plan (2003), Communication European Contract Law and the revision of the *aquis*: the way forward (2004), Communication On European Contract Law (2001).

¹⁸³ Draft Common Frame of Reference (2009). Introduction paragraph 39 s.24.

¹⁸⁴ l.c.

¹⁸⁵ l.c.

3.2 Den generelle struktur og innvendinger som har fremkommet mot den

Den generelle struktur i DCFR hviler på det sentrale begrepet: ”obligation” definert som: ”...a duty to perform which one party to a legal relationship, the debtor, owes to another party, the creditor.”¹⁸⁶ Reglene gitt i Book III om ”Obligations and corresponding rights” gjelder for alle ”obligations” innenfor rammen av DCFR, kontraktuelle, som ikke-kontraktuelle.¹⁸⁷ Det vil si at reglene i Book III gjelder for alle de rettsforholdene som reguleres i de påfølgende kapitlene i DCFR.

To andre viktige kategorier er ”Contract” og ”Juridical act”. ”Contract” defineres som ”...an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect. It is a bilateral or multilateral juridical act.”¹⁸⁸ Som man ser av dette er kontrakter videre organisert som en spesiell type ”juridical act”. ”Juridical act” defineres i art. II 1:101(2) som ”...any statement or agreement, whether express or implied from conduct, which is intended to have legal effect as such. It may be unilateral, bilateral or multilateral.” Den valgte strukturen og begrepsbruken har vært kritisert på flere grunnlag, som jeg vil drøfte i det følgende.

3.2.1 Organiseringen som ”a law of obligations” og kritikken rundt det ”tyske” preget.

Schulze og Wilhelmsson påpeker i artikkelen ”From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules” at en ”...General law of Obligations...” er kjerneelementet i DCFR.¹⁸⁹ Dette kan man se ved å studere DCFR, systemet er som vist over slik at alle rettsforhold er organisert under begrepet ”obligation” som overordnet kategori, og reglene i Book III om ”obligations” er gjeldende for alle rettsforholdene i

¹⁸⁶ *ibid.* Book III art.1:102 (1) s.229.

¹⁸⁷ *ibid.* Book III art 1:101 s.229.

¹⁸⁸ *ibid.* Book II art. 1:101(1) s.183.

¹⁸⁹ Schulze/Wilhelmsson (2008) s.158.

DCFR.¹⁹⁰ Det er altså laget et system der alt er ment å passe inn i en systematisk ramme. Dette ligner på sentrale europeiske kodifikasjoner som f.eks. den tyske sivillovboken Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).¹⁹¹ At DCFR har et tysk preg er også påpekt av flere, blant annet av Stefan Grundmann i ”The Structure of the DCFR-Which Approach for Today’s Contract Law”¹⁹², som viser til de 7 bøkene i DCFR (på tidspunktet for artikkelen hadde DCFR kun de 7 første bøkene) og uttaler følgende ”If one changes the order between Books 6 and 7, it is evident that this is exactly the order adopted by the German Civil Code (first three Books).”¹⁹³ Han beskriver også DCFR som ”Germanic”.¹⁹⁴ Hvis man tar en nærmere blick på oppbygningen av BGB vil man se at mye er ganske likt, jeg vil her kort nevne noen hovedlinjer.(Henvisningene til BGB i det følgende er tatt fra oversettelsen til engelsk på hjemmesidene til Bundesministerium der Justiz, ikke fra den tyskspråklige BGB).

BGB er også bygget opp med først en ”General part”¹⁹⁵(som riktignok omfatter en hel del mer enn Book 1 i DCFR), deretter en ”Law of obligations”¹⁹⁶ hvor man blant annet finner ”Contractual obligations”¹⁹⁷, ”Particular types of obligations”¹⁹⁸(her finner man, blant mange andre, regler om ”Purchase, exchange”¹⁹⁹, ”Loan contract; financing assistance and contracts for delivery by instalments between an entrepreneur and a consumer”²⁰⁰, ”Contract for the loan of a thing”²⁰¹, ”Service contract”²⁰², ”Mandate and contract for the management of the affairs of another”²⁰³, ”Agency without specific authorisation”²⁰⁴ ”Safekeeping”²⁰⁵, ”Unjust enrichment”²⁰⁶, ”Torts”²⁰⁷). Ut ifra dette kan man se at BGB er

¹⁹⁰ Draft Common Frame of Reference(2009) Book III art. 1:101 og 1:102(1) s.229.

¹⁹¹ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

¹⁹² Grundmann (2008).

¹⁹³ ibid. s.228.

¹⁹⁴ l.c.

¹⁹⁵ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Book 1.

¹⁹⁶ ibid. Book 2.

¹⁹⁷ ibid. Book 2 Division 3.

¹⁹⁸ ibid. Book 2 Division 8.

¹⁹⁹ ibid. Book 2 Division 8 Title 1.

²⁰⁰ ibid. Book 2 Division 8 Title 3.

²⁰¹ ibid. Book 2 Division 8 Title 7.

²⁰² ibid. Book 2 Division 8 Title 8.

²⁰³ ibid. Book 2 Division 8 Title 12.

²⁰⁴ ibid. Book 2 Division 8 Title 13.

²⁰⁵ ibid. Book 2 Division 8 Title 14.

²⁰⁶ ibid. Book 2 Division 8 Title 26.

bygget opp rundt ”obligation” som en sentral kategori, nettopp som DCFR, ellers er mange av de samme kategoriene nevnt, i en rekkefølge som er til dels ganske lik.

Flere har kritisert dette valget av struktur for DCFR, en del av kritikken er sentrert rundt strukturen på DCFR som avgjørende for rettigheter og plikter. Schulze og Wilhelmsson drøfter strukturen i DCFR i artikkelen ”From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules”.²⁰⁸ De påpeker at DCFR er mye mer opptatt av (til forskjell fra PECL) at kontraktsrett er ett element i et mye større system ”...consequently it extends beyond contract law to various elements which belong within the traditional Civil law system under the core area of the law of obligations, or to those areas which closely connect the law of obligations to the law of property.”²⁰⁹ Som eksempler på det siste nevnes blant annet reglene om “Benevolent intervention in another’s affairs” og “Unjust enrichment”.²¹⁰ De hevder at strukturen valgt i DCFR fører til at rettigheter og forpliktelser avgjøres av nettopp strukturen: “It is rather the structure of the draft which determines the rights and obligations for various areas of law according to a particular pattern which has developed in some Civil law jurisdictions, for example, in the German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch; BGB*)”.²¹¹ Ole Lando påpeker i ”The Structure and Legal Values of the Common Frame of Reference”²¹² at “It is not an abstract method as the one described in the Comment, but the need of the citizen that should guide the arrangement of the rules”.²¹³ Han hevder blant annet at reglene om oppfyllelse og ikke-oppfyllelse hører til i Book II om kontrakter, da ville flere av reglene blitt enklere ifølge ham.²¹⁴

Christian von Bar forsvarer den valgte strukturen i DCFR i artikkelen “Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference”.²¹⁵ Han fremhever at Book II

²⁰⁷ *ibid.* Book 2 Division 8 Title 27.

²⁰⁸ Schulze/Wilhelmsson (2008).

²⁰⁹ *ibid.* s.156.

²¹⁰ *l.c.*

²¹¹ *l.c.*

²¹² Lando (2007)b.

²¹³ *ibid.* s.250.

²¹⁴ *l.c.*

²¹⁵ von Bar (2007).

omhandler kontrakter og ”juridical acts” og hvordan de blir formet, tolket, når de er ugyldige, hvordan deres innhold bestemmes osv., mens Book II omhandler ”obligations” innen rammen av DCFR.²¹⁶ Videre forklares ”A feature of this division of material is a clear distinction between a contract seen as a type of agreement – a type of juridical act – and the legal relationship, usually involving reciprocal sets of obligations and rights, which results from it.”²¹⁷ Her fremheves altså strukturen i Book II og III, og at kontrakter og ”obligations” behandles separat. Det forklares imidlertid ikke bakgrunnen for den valgte strukturen. Noe av forklaringen kan kanskje ligge i at det uttales at ”We are convinced that the whole of the law of obligations is an organic entity or unit.”²¹⁸ Dette er tilnærmelsesmåten i DCFR ifølge dens introduksjon.²¹⁹

Dette er det delte meninger om, ikke alle er enige i at denne måten å strukturere det på er innlysende. Dette er f.eks. en strukturell oppbygning vi ikke er vant til her i Norden.

Schulze og Wilhelmsson påpeker ”With this abstract approach the DCFR not only follows a completely different path than the Common Law and Nordic countries, but also differs from those Civil Law states which have not adopted the model of a General Law of Obligations in their own codifications.”²²⁰ Som nevnt er oppbygningen og strukturen i DCFR svært lik kodifikasjoner i ”Civil law” tradisjonen (den kontinentaleuropeiske rettstradisjon), f.eks. BGB. Pierre Legrand hevder ”Civil codes characteristically belong to civil-law jurisdictions and epitomise the civil law’s yearning for scientificity”²²¹, og hevder videre at professor von Bar forsøker å påtvinge civil law tradisjonens ”floorplan” på common-law tradisjonen gjennom DCFR.²²² Ole Lando påpeker ”The lawyer who is not familiar with the stringent and incomprehensible logic of the CFR, a logic borrowed from the German Civil Code, will wonder why he must look for provisions that mostly apply to contracts, in a Book that has merged contracts with other obligations.”²²³

²¹⁶ *ibid.* s.359.

²¹⁷ *l.c.*

²¹⁸ *ibid.* s.356.

²¹⁹ Draft Common Frame of Reference (2009) para.40 s.25.

²²⁰ Schulze/Wilhelmsson (2008) s.162.

²²¹ Legrand (2007) s.28.

²²² *ibid.* s.28.

²²³ Lando (2007)b s.250.

3.2.2 Struktur og begrepsbruk

Flere har kritisert regler og begreper i DCFR for å være for abstrakte.²²⁴ F.eks. ”Obligation” og ”Juridical act”, dette er begreper som henger nøye sammen med strukturen i DCFR. Disse to er grunnleggende begreper i DCFR, og begreper som ikke umiddelbart har en klar og entydig mening, de har et visst vagt og abstrakt preg, selv om de er definert i DCFR.

Til forskjell kan det vises til en av DCFR’s forgjengere, Principles of European Contract Law (PECL)²²⁵, som ikke bruker disse begrepene, men kun ”contract”.²²⁶ Riktignok er PECL ment å brukes kun i en kontraktsrettslig sammenheng.²²⁷ Slikt sett er PECL enklere begrepsmessig når det gjelder kontraktsrett enn det DCFR er. Denne abstrakte språkbruken i Book III særlig, er et særpreg ved DCFR. Denne måten å strukturere ting på kan gjøre noe med språket og tilgjengeligheten av reglene i DCFR. Årsaken til denne noe abstrakte og vage språkbruken, og begrepene som brukes, er som nevnt det at reglene skal passe for alle forpliktelsene innen rammen av DCFR.²²⁸ Reglene om ”Performance” f.eks. i Book III Chapter 2 skal ikke bare gjelde kontrakter, men en hel rekke andre rettsforhold som ”Benevolent intervention in another’s affairs” i Book V, ”Non-contractual liability arising out of damage caused to another” i Book VI, ”Unjustified enrichment” i Book VII, ”Acquisition and loss of ownership of goods” i Book VIII, ”Proprietary security in movable assets” i Book IX og ”Trusts” i Book X.²²⁹ Dette er også påpekt av Reiner Schulze og Thomas Wilhelmsson i ”From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law rules”²³⁰, som uttaler at ”The rules concerning contractual and non-contractual legal relationships are, as far as possible, not specifically provided for each of the individual legal relationships; their formulation is rather somewhat abstract so as to be

²²⁴ Schulze/Wilhelmsson (2008), Hesselink (2009).

²²⁵ Principles of European Contract Law (2000), Principles of European Contract Law(2003).

²²⁶ l.c.

²²⁷ ibid. art.1:101 s.2.

²²⁸ Draft Common Frame of Reference (2009) Book III art.1:101 s.229.

²²⁹ l.c.

²³⁰ Schulze/Wilhelmsson (2008).

applicable to all different types of legal obligations.”²³¹ Videre uttales at DCFR’s preferanser for abstrakt terminologi “...blurs the focus on the contract law which exists, however, in respect of its content.”²³² Altså, mener forfatterne at den abstrakte terminologien gjør at det eksisterende fokuset på kontraktsrett som finnes innholdsmessig i DCFR blir gjort uklart.

Det at reglene i Book III skal regulere alle forpliktelser innen rammen av DCFR forklarer hvorfor begrepet ”contract” ikke er brukt gjennomgående, slik som PECL. Imidlertid kan man stille spørsmål ved om den valgte begrepsbruken og abstraksjonsnivået er måten å gjøre det på i forhold til de rettsområder som ønskes regulert i DCFR og DCFR’s formål, dette vil jeg komme tilbake til i punkt 3.5. Martijn Hesselink kritiserer også den valgte strukturen og begrepene i ”The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law”.²³³ Han påpeker at den sentrale forskjellen fra DCFR og tidligere arbeider som f.eks. PECL, er de ulike abstraksjonsnivåene, og at DCFR har som sentrale kategorier ”juridical acts” og ”obligations”, mens de andre arbeidene har ”...contract (predominantly), tort, restitution and property...”.²³⁴ Han uttaler videre om DCFR ”This choice ... is unfortunate and should be reversed. It makes the draft look more academic (in a pejorative sense) and, indeed, Germanic than necessary and certainly does not make it more accessible as seems to have been the intention – instead the contrary result prevails.”²³⁵

Begreper som ”Obligation” og ”Juridical act” er mer abstrakte, og mindre entydige enn begreper som f.eks. ”Contract” og ”Torts”. Begreper som de sistnevnte er kjente begreper som kanskje i større grad vil gi de samme assosiasjoner til rettsanvendere fra ulike tradisjoner. Den valgte begrepsbruken og strukturen i DCFR er imidlertid ikke kjent i flere av jurisdiksjonene i EU, som diskutert over, den er særlig ikke kjent i engelsk rettstradisjon og i Norden. Den burde imidlertid være mer kjent for tyske jurister, og jurisdiksjoner som ligger nært den tyske på dette området. Et aspekt ved den valgte begrepsbruken er følgende; vil alle rettsanvendere forstå disse begrepene på den samme måten? Det er godt mulig at det ikke vil være tilfelle, en tysk jurist vil kanskje oppfatte noen begreper

²³¹ *ibid.* s.156.

²³² *ibid.* s.157.

²³³ Hesselink (2009).

²³⁴ *ibid.* s.968-969.

²³⁵ *ibid.* s.969.

annerledes enn f. eks en engelsk jurist. Dette bør tas med i betraktningen i arbeidet frem mot en mulig CFR, det kan være behov for grundigere forklaring rundt en del begreper, og et stort behov for at begreper får en autonom (EU-spesifikk) betydning som jo vanlig er i EU-retten.²³⁶

Som vist her i punkt 3.2 så har den strukturelle og begrepsmessige oppbygningen av DCFR blitt kritisert på flere grunnlag. Hovedkritikken er, som vist, mot DCFRs struktur som er organisert rundt "Obligation" som samlende kategori og som mange mener er for "tysk", og begrepsbruken og reglene som står i nær sammenheng med dette, som mange kritiserer for å være for abstrakt. Det kan med god grunn hevdes at DCFR har et mer abstrakt og "tysk" preg enn dets forgjengere, f.eks. PECL, har. Dette har med den valgte begrepsbruken, omfanget og systematikken å gjøre, og må ses på som en omkostning ved dette valget. Dette gjør at DCFR kan bli noe vanskeligere tilgjengelig, i alle fall i første omgang.

3.3 Passer reglene i Book III for alle "obligations"?

Siden reglene i Book III om "Obligations and corresponding rights" skal regulere alle "obligations" innen rammen av DCFR²³⁷, er et spørsmål i denne sammenheng nettopp om reglene i Book III virkelig kan passe for alle "obligations" innen rammen av DCFR.

Som vist i punkt 3.1 så har DCFR et vidt omfang og strekker seg langt utover ren kontraktsrett og over i rettsområdet som man kanskje kan oppfatte som noe fjernt fra kontraktsrett, f.eks. erstatning utenfor kontrakt. Når man ser nærmere på innholdet Book III så har den i Chapter 1 "General" generelle regler, i Chapter 2 regler om "Performance", i Chapter 3 "Remedies for non-performance", i Chapter 4 "Plurality of debtors and creditors", i Chapter 5 "Change of parties", i Chapter 6 "Set-off and merger" og i Chapter 7 "Prescription". Under dette punktet har jeg valgt å drøfte reglene i Book III i forhold til

²³⁶ EØS-rett (2004) s.42-43.

²³⁷ Draft Common Frame of Reference (2009) Book III art.1:101 s.229.

reglene om erstatning utenfor kontrakt i Book VI, og reglene om "Benevolent intervention in another's affairs" i Book V og "Unjustified enrichment" i Book VII.

3.3.1 Reglene i Book III og forholdet til "Non-contractual liability arising out of damage caused to another"

Jeg vil først drøfte forholdet mellom reglene i Book III og reglene i Book VI: "Non-contractual liability arising out of damage caused to another", det vil si erstatning utenfor kontrakt. Book VI definerer flere typer tap i dens Chapter 2, blant annet sentrale erstatningskategorier som "Personal injury and consequential loss" i art. 2:201 og "Loss suffered by third persons as a result of another's personal injury or death" i art. 2:202. Book VI omfatter også en god del tapssituasjoner som er av en litt annen karakter, f.eks. "Infringement of dignity, liberty and privacy" i art. 2:203, "Loss upon communication of incorrect information about another" i art. 2:204, "Loss upon breach of confidence" i art. 2:205, "loss upon infringement of property or lawful possession" i art. 2:206, "Loss upon the reliance of incorrect advice or information" i art. 2:207, "Loss upon unlawful impairment of business" i art. 2:208, "Burdens incurred by the State upon environmental impairment" i 2:209, "Loss upon fraudulent misrepresentation" i art. 2:210, og "Loss upon inducement of non-performance of obligation" i art. 2:211.

Når man ser på disse erstatningskategoriene i forhold til de nevnte reglene i Book III så er det ikke alle reglene i Book III som fremstår like nyttige i en erstatningssammenheng.

Stefan Grundmann stiller spørsmålet om hvor meningsfullt det egentlig er å anvende reglene i Book III på alle "obligations", og hvor mye felles det egentlig er mellom kontrakter og f.eks. erstatning utenfor kontrakt i artikkelen "The Structure of the DCFR – Which Approach for Today's Contract Law".²³⁸

Hvis man tar for seg de enkelte kapitlene i Book III så kommer de generelle reglene først i Chapter 1. Det kan kanskje tenkes at enkelte av reglene kan brukes i en slik sammenheng f.eks. i erstatningsoppgjøret plikten til å opptre i samsvar med "good faith and fair dealing",

²³⁸ Grundmann (2008) s.229.

og plikten til samarbeid der det er rimelig.²³⁹ Grundmann påpeker at det er vanskelig å forestille seg tilfeller der reglene i Chapter 1 virkelig spiller noen rolle for erstatning utenfor kontrakt.²⁴⁰ Chapter 2 om ”Performance” vil kanskje være mer praktisk siden man her også finner regler om prestasjon av pengeforpliktelser²⁴¹, og pengeforpliktelser er typisk for erstatning utenfor kontrakt. Grundmann viser også til at reglene i Chapter 2 kan spille en rolle for erstatning utenfor kontrakt så langt som noen av reglene også regulerer pengeforpliktelser, men spør om disse i det hele tatt er problematiske i en slik sammenheng.²⁴²

Så kommer man imidlertid til misligholdsbeføyelsene i Chapter 3. Dersom man har lidt et tap, f.eks. en personskade, vil misligholdsbeføyelsene kunne fremtone seg som lite egnet. Av misligholdsbeføyelsene er det kun heving som er bestemt bare å gjelde for kontrakter²⁴³, hvilket vil si at i utgangspunktet kan de andre gjelde i en erstatningssammenheng utenfor kontrakt. Har man blitt påført en personskade vil man nok i de fleste tilfeller for eksempel ikke ønske at skadevolder skal foreta ”cure”²⁴⁴, altså forsøke å rette opp, for ikke å snakke om at det sjelden vil være mulig. Grundmann nevner at partenes interesser vil være klart forskjellige fra kontrakt til erstatning utenfor kontrakt i slike tilfeller.²⁴⁵ Han stiller spørsmålet om en skadelidt i det hele tatt vil ønske at skadevolder, om det er en bilfører, eller en lege som har behandlet ham dårlig, skal gi ham den nødvendige medisinske behandling?²⁴⁶ Hans svar på dette er ”No ’second chance’ is the normal answer, while in contract law the contrary is true. The DCFR in its longing for generalisation does not really differentiate.”²⁴⁷ Når det gjelder misligholdsbeføyelsen ”Right to enforce performance”²⁴⁸ kan det kanskje tenkes å være praktisk, her reguleres også krav på oppfyllelse av pengeforpliktelser, se art. 3:301. Man kan tenke seg at

²³⁹ Draft Common Frame of Reference (2009) Book III Chapter 1 1:103, 1:104 s.230.

²⁴⁰ Grundmann (2008) s.230.

²⁴¹ Draft Common Frame of Reference (2009) Chapter 2 f.eks art.2:101,2:108, 2:109 2:112 s.233-237.

²⁴² Grundmann (2008) s.230.

²⁴³ Draft Common Frame of Reference (2009) Book III Chapter 3 3:501 (1) s.244.

²⁴⁴ *ibid.* Book III Chapter 3 3:201 flg. s.241.

²⁴⁵ Grundmann (2008) s.230.

²⁴⁶ *ibid.* s.230.

²⁴⁷ *ibid.* s.230.

²⁴⁸ Draft Common Frame of Reference (2009) Book III Chapter 3 section 3 s.242.

skadelidte kan kreve oppfyllelse av erstatningen i medhold av disse reglene, dersom skadevolder ikke oppfyller pengekravet slik han skal. "Withholding performance"²⁴⁹ fremtrer ikke som særlig praktisk i denne sammenheng, heller ikke "Price reduction".²⁵⁰ "Termination" er som nevnt forbehold kontraktsforhold. Disse beføyelsene nevnes også av Grundmann som mener at disse er totalt irrelevante for erstatning utenfor kontrakt.²⁵¹

Når det gjelder Section 7 om "Damages and Interest" så er Grundmann av den oppfatning at dette er den eneste av misligholdsbeføyelsene som egentlig spiller noen rolle for erstatning utenfor kontrakt.²⁵² I Section 7 gis noen generelle regler om hva som skal erstattes, om forhold rundt betalingen av erstatningen og om renter i art.3:701 -3:713.

Det man i hvert fall kan si er at de fleste av misligholdsbeføyelsene ikke fremtrer som særlig praktiske i denne sammenheng. Unntakene kan være "Damages and interest"²⁵³, og "Right to enforce performance".²⁵⁴

Book III regulerer også "Plurality of debtors and creditors"²⁵⁵, man kan se for seg at det i en slik sammenheng kan være flere skadevoldere, slik at man har flere debitorer. Forholdet mellom flere skadevoldere er imidlertid også regulert i Book VI 6:105. Når det gjelder de neste tema som reguleres i Book III "Change of parties" i Chapter 5 og "Set-off and merger" i Chapter 6 så fremtrer ikke dette umiddelbart svært praktisk i en typisk erstatningsrettslig sammenheng, men det kan kanskje ikke utelukkes at de kan komme til anvendelse i enkelttilfeller. Reglene om "Prescription"²⁵⁶ er derimot praktiske, da man også kan måtte ta stilling til foreldelse i en erstatningsrettslig sammenheng.

Valget om å følge oppbygningen rundt "obligations" i DCFR fører altså når det gjelder erstatning utenfor kontrakt til at det gjelder en hel del regler formelt sett i Book III for erstatning utenfor kontrakt, men der bare fåtallet fremstår som praktiske i noen særlig grad.

²⁴⁹ *ibid.* Book III Chapter 3 section 4 3:40 s.243.

²⁵⁰ *ibid.* Book III Chapter 3 section 6 s.249.

²⁵¹ Grundmann (2008) s.230.

²⁵² *l.c.*

²⁵³ Draft Common Frame of Reference (2009) Book III Chapter 3 section 7 s.250.

²⁵⁴ *ibid.* Book III Chapter 3 section 3 3:301s.242.

²⁵⁵ *ibid.* Book III Chapter 4.

²⁵⁶ *ibid.* Book III Chapter 7 s.271.

Noen av de generelle reglene, noen svært få av misligholdsbeføyelsene som nevnt, og reglene om "Prescription"²⁵⁷ og "Performance"²⁵⁸ er de reglene som kan ha noen særlig praktisk betydning, mange av de andre reglene fremstår som lite relevante for dette formålet.

3.3.2 Reglene i Book III og forholdet til "Unjustified enrichment" og "Benevolent intervention in another's affairs"

De generelle reglene i Book III gjelder også i forhold til disse to rettsinstituttene.²⁵⁹ Disse rettsinstituttene er ikke-kontraktsrettslige, i likhet med erstatning som er nevnt over. Også i forhold til disse to rettsinstituttene kan man stille spørsmål ved hvor praktiske de generelle reglene i Book III er.

"Benevolent intervention in another's affairs" reguleres i Book V. Den situasjonen som dette rettsinstituttet regulerer er der en person intervenserer, altså griper inn, med den hovedsakelige motivasjon å gjøre noe fordelaktig for den annen part og har rimelig grunn for å gjøre dette, og handlingen i ettertid blir godkjent av den andre parten.²⁶⁰ Det kan f.eks. være en part som intervenserer for å oppfylle en annens plikt.²⁶¹ Book V gir videre noen regler om hvordan den intervenserende part skal oppføre seg, og hvilken autoritet og rettigheter denne personen har.²⁶² En typisk situasjon kan f.eks. være at en person griper inn for å redde den andre parten fra å lide tap, et eksempel kan kanskje være å slukke et branntilløp, eller ta vare på en eiendel som står i fare for å forringes dersom intet blir gjort. Da vil gjerne denne parten ha en rimelig grunn til å gjøre dette, og denne personen må handle med "reasonable care", handle slik han tror den annen ville ønsket og informere den

²⁵⁷ *ibid.* Book III Chapter 7 s.271.

²⁵⁸ *ibid.* Book III Chapter 2 s.233.

²⁵⁹ *ibid.* Book III 1:101 s.229.

²⁶⁰ *ibid.* Book V art.1:101 s.391.

²⁶¹ *ibid.* Book V art.1:102 s.391.

²⁶² *ibid.* Book V Chapter 2, Chapter 3 s.392 flg.

annen part så snart som mulig og rimelig.²⁶³ Den som intervensjoner vil da ha kunne ha rett til, dersom det fremstår som rimelig; betaling for pådratte utgifter, vederlag og erstatning for tap som følge av personskade eller skade på eiendom i forbindelse med intervensjonen under visse vilkår.²⁶⁴

Hvis man da går over til å se på reglene i Book III, med øye for hvilke regler som kan tenkes praktiske i en slik sammenheng, kan man tenke seg, som ved erstatning, at kanskje de generelle reglene i Book III Chapter 1 kanskje kan komme til anvendelse i noen situasjoner, en aktuell regel kan kanskje være plikten til å handle i samsvar med "good faith and fair dealing".²⁶⁵ Misligholdsbeføyelsene generelt virker ikke praktiske i en slik sammenheng, f.eks. virker ikke reglene om "Cure by debtor of non-conforming performance"²⁶⁶, "Withholding performance"²⁶⁷, eller "Price reduction"²⁶⁸ som praktiske i en slik sammenheng (Det gjør heller ikke "Termination" som misligholdsbeføyelse, men denne er begrenset til kontraktsforhold²⁶⁹). Siden det er mulig at en pengeforpliktelse kan komme ut som resultat av et slikt rettsforhold, altså at den intervenserende part får rett til f.eks. vederlag eller erstatning, så kan man tenke seg at reglene om "Performance"²⁷⁰ kan være praktiske, og reglene om "Right to enforce performance" (kanskje særlig art.3:301 om "Enforcement of monetary obligations")²⁷¹, og "Damages and interest"²⁷² også kan være praktiske i en slik sammenheng. De resterende reglene i Book III om "Plurality of debtors and creditors"²⁷³, "Change of parties"²⁷⁴, og "Set-off and merger"²⁷⁵ fremtrer ikke som umiddelbart praktisk i denne sammenheng. Imidlertid kan reglene om "Prescription"²⁷⁶ tenkes å ha en viss praktisk betydning, f.eks. der det oppstår et pengekrav som følge av rettsforholdet.

²⁶³ ibid. Book V 2:101 s.392.

²⁶⁴ ibid. Book V 3:101, 3:102, 3:103 s.393.

²⁶⁵ ibid. Book III Chapter 1 1:103 s.230.

²⁶⁶ ibid. Book III Chapter 3 3:201 flg. s.241.

²⁶⁷ ibid. Book III Chapter 3 3:401 flg. s.243.

²⁶⁸ ibid. Book III Chapter 3 3:601 flg. s.249.

²⁶⁹ ibid. Book III Chapter 3 3:501 s.244.

²⁷⁰ ibid. Book III Chapter 2 2:101 flg. s.233.

²⁷¹ ibid. Book III Chapter 3 3:301 s.242.

²⁷² ibid. Book III Chapter 3 3:701 flg. s.250.

²⁷³ ibid. Book III Chapter 4 4:101 flg. s.253.

²⁷⁴ ibid. Book III Chapter 5 5:101 flg. s.257.

²⁷⁵ ibid. Book III Chapter 6 6:101 flg. s.269.

²⁷⁶ ibid. Book III Chapter 7 7:101 flg. s.271.

”Unjustified enrichment” reguleres i Book VII. Denne boken regulerer situasjonen der en person oppnår en urettmessig berikelse på bekostning av en annen og må tilbakeføre denne.²⁷⁷ Nærmere regler gis om når en berikelse er urettmessig, hva som er på bekostning av en annen, hvilket forsvar den berikede personen kan påberope seg, og hvordan berikelsen skal tilbakeføres.²⁷⁸ Her kan mye av det samme sies som under drøftelsen over om forholdet til ”Benevolent intervention in another’s affairs”. Man kan tenke seg at reglene om ”Performance”²⁷⁹ kanskje kan være praktiske, idet berikelsen skal tilbakeføres, og disse reglene kan si noe nærmere om hvordan dette skal gjøres. Likedan kan reglene om ”Right to enforce performance” i 3:301 følgende tenkes nyttige. Som nevnt over kan også reglene om ”Prescription”²⁸⁰ være nyttige, og de generelle reglene²⁸¹ kan kanskje tenkes å være praktiske i noen sammenhenger. Ellers fremstår resten av reglene i Book III, slik også nevnt over, lite praktiske også i denne sammenheng. Det er f.eks. lite sannsynlig at misligholdsbeføyelsene ”Withholding performance”²⁸², ”Cure by debtor of non-conforming performance”²⁸³ eller ”Price reduction”²⁸⁴, skal ha noen praktisk anvendelse i denne sammenheng. Det man kan se etter dette er at svært mange av reglene i Book III ikke er praktiske for disse to rettsinstituttene, med noen få unntak.

3.3.3 De generelle reglene i Book III - hovedsakelig praktiske i en kontraktsrettslig sammenheng?

Som vist i de to punktene over, så har reglene i Book III et noe begrenset praktisk anvendelsesområde utenfor kontrakt. Når det gjelder ”Non-contractual liability arising out of damage caused to another”, ”Benevolent intervention in another’s affairs” og ”Unjust

²⁷⁷ *ibid.* Book VII Chapter 1 1:101 s.413.

²⁷⁸ *ibid.* Book VII Chapters 2,3,4,5,6 s.413-420.

²⁷⁹ *ibid.* Book III Chapter 2 2:101 flg. s.233.

²⁸⁰ *ibid.* Book III Chapter 7 7:101 flg. s.271.

²⁸¹ *ibid.* Book III Chapter 1 s.229.

²⁸² *ibid.* Book III Chapter 3 3:401 flg. s.243.

²⁸³ *ibid.* Book III Chapter 3 3:201 flg. s.241.

²⁸⁴ *ibid.* Book III Chapter 3 3:601 flg. s.249.

enrichment” som drøftet over, så er det noen av reglene som kan tenkes å være praktiske, men også en god del regler som ikke fremtrer som særlig praktiske eller i det hele tatt relevante i denne sammenheng. Men ser man f.eks. på reglene i Book IV om ”Specific contract and the rights and obligations arising from them” så fremstår reglene i Book III umiddelbart som mer praktiske, fordi de regulerer sentrale og viktige aspekter av et kontraktsforhold. Hvilke plikter har partene i forhold til hverandre, hvilke misligholdsbeføyelser har man tilgang til osv. Inntrykket er at reglene i Book III som skal gjelde alle rettsforhold (”obligations”) innen rammen av DCFR har sin største praktiske betydning når det gjelder rettsforhold som har sitt grunnlag i kontrakt, selv om disse reglene rent formelt er ment å passe alle rettsforholdene i DCFR.

Stefan Grundmann drøfter forholdet mellom reglene om erstatning utenfor kontrakt og reglene i Book III i artikkelen ”The Structure of the DCFR – Which Approach for Today’s Contract Law?”²⁸⁵ og kritiserer den strukturen DCFR legger opp til i denne sammenheng. Grundmann hevder følgende når det gjelder reglene i Book III:

”(i) that most of the Book is primarily contract law which in the very rare situations where it matters also for torts can easily be applied by analogy, (ii) that a substantial body of the Book, about one third, perhaps nearly a half is not applicable to torts even theoretically; and (iii) in this ‘ocean of rules’, the few cases have been regulated sloppily where the question really arises in practice, whether a rule should apply to contracts only or to torts and obligations as well and whether, to the contrary, one should differentiate.”²⁸⁶

Grundmann hevder også at regler som har praktisk betydning utenfor kontraktsrett er få, dersom man ser på substansen i Book III.²⁸⁷ Martijn Hesselink hevder etter å ha påpekt at valget av begreper som “juridical act” og “obligation” er uheldig og bør endres fordi dette får DCFR til å virke akademisk, tysk og gjør ikke DCFR mer tilgjengelig²⁸⁸ at ”...the abstract categories of juridical acts and obligations serve no other meaningful purpose because almost all practically relevant juridical acts are contracts and almost all the rules

²⁸⁵ Grundmann (2008).

²⁸⁶ *ibid.* s.232.

²⁸⁷ *ibid.* s.229.

²⁸⁸ Hesselink (2009) s.969.

that are now turned into a general law of obligations are mainly relevant for contractual obligations.”²⁸⁹

3.4 Struktur og regler i Book IV med fokus på tjenestekontraktene.

Book IV regulerer de spesielle kontraktene - ”Specific contracts and the rights and obligations arising from them”. Her reguleres en mengde forskjellige kontraktstyper:

I Part A “Sales”, i Part B “Lease of goods”, i Part C “Services” som omfatter: “Construction”, “Processing”, “Storage”, “Design”, “Information and advice” og “Treatment”, videre i Part D “Mandate contracts”, i Part E “Commercial agency, franchise and distributorship”, i Part F “Loan contracts”, i Part G “Personal security”, og i Part H “Donation”.²⁹⁰ Disse kontraktene passer inn i strukturen i DCFR på den måten at de generelle reglene i Book III også gjelder for disse kontraktene ifølge art. 1:101 i Book III, men slik at det i Book IV finnes særlige regler for den enkelte kontraktstypen. I det følgende vil jeg fokusere på tjenestekontraktene – ”Services”.

Tjenestekontraktene finnes i Book IV Part C. Her finnes også to kapitler som inneholder generelle regler om tjenestekontrakter; Chapter 1 og 2. I Chapter 1 finnes bestemmelser om reglenes anvendelsesområde²⁹¹ og prioritetsregler.²⁹² I Chapter 2 finnes 11 ”Rules applying to service contracts in general”; “Price” (2:101), ”Pre-contractual duties to warn” (2:102), ”Obligation to co-operate” (2:103), ”Subcontractors, tools and materials” (2:104), ”Obligation of skill and care” (2:105), ”Obligation to achieve result” (2:106), ”Directions of the client” (2:107), ”Contractual obligation of the service provider to warn” (2:108), ”Unilateral variation of the service contract” (2:109), ”Client’s obligation to notify anticipated non-conformity” (2:110), og ”Client’s right to terminate” (2:111). Det er altså en hel del generelle regler som er ment å passe for de ulikeartede kontraktstypene som Part C inneholder.

²⁸⁹ *ibid.* s.969.

²⁹⁰ Draft Common Frame of Reference (2009) Book IV part A-H s.277-390.

²⁹¹ *ibid.* Book IV Part C 1:101, 1:102 s.302-303.

²⁹² *ibid.* Book IV Part C 1:103 s.303.

I Book IV part C Chapter 3 reguleres ”Construction”. Dette kapittelet består av 8 ganske generelle regler om byggekontrakter/entreprise. Reglene forplikter kunden til å samarbeide med byggherren (3:102), byggherren er forpliktet til å hindre skade på bygget (3:103) og det endelige bygget må være slik fastsatt i kontrakten (3:104), kunden har rett til å inspisere (3:105), det gis regler om levering av bygget (3:106), om betaling av pris (3:107) og om risikoen (3:108). Selv om disse reglene gjelder sammen med de generelle reglene i Book III og de generelle reglene i Book IV Part C Chapter 1 og 2 som nevnt over, gir disse reglene inntrykk av å være noe generelle og overordnet for formålet. Entrepriser er gjerne store og kompliserte prosjekter som krever en detaljert regulering av kontraktsforholdene. Særlig kan typiske offshore-entrepriser være meget store prosjekter, men også land-entreprise. Det vil neppe være tilstrekkelig med de få reglene nevnt her for å regulere et slik kontraktsforhold tilfredsstillende. Man kan kanskje se for seg de nevnte reglene som en slags bakgrunnsrett å ta utgangspunkt i for slike kontrakter, men neppe egnet til en komplett regulering.

”Processing” er den neste kontraktstypen som reguleres²⁹³, og gjelder ifølge art. 4:101(1) når en part skal foreta en tjeneste ”...on an existing movable or incorporeal thing or to an immovable structure for another party, the client.” ”Processing” er en kontraktstype som har fellestrekk med ”Construction”, her er det også gitt kun 8 mer generelle regler²⁹⁴, regler som har store likhetstrekk med reglene gitt om ”Construction”. Også her kan man stille spørsmål ved om dette er tilstrekkelig til å regulere et slikt kontraktsforhold.

”Storage” (forvaring) reguleres i Chapter 5; det er som regel et relativt enklere kontraktsforhold enn de to overnevnte. Likevel har de fått omtrent like stor plass og like mange regler, noe som kan styrke oppfatningen om at de to ovennevnte mer kompliserte kontraktstypene kanskje behøver en mer inngående regulering, dersom de skal reguleres.

”Design” reguleres i Chapter 6 og omfatter ifølge art. 6:101”...contracts under which one party, the designer, undertakes to design for another party, the client: (a) an immovable structure which is to be constructed by or on behalf of the client; or (b) a movable or

²⁹³ ibid. Book IV Part C Chapter 4 s.314.

²⁹⁴ ibid. Book IV Part C Chapter 4 4:101-4.108 s.314-317.

incorporeal thing or service which is to be constructed or performed by or on behalf of the client”. Dette betyr at ganske ulike former for tjenester reguleres under “Design”, f. eks vil arkitektoppdrag kunne falle inn under (a), under (b) kan man tenke seg en hel rekke oppdrag; f.eks. interiørdesign, industrideSIGN, webdesign, motedesign osv. Det er ikke sikkert at disse kontraktene har så mye til felles at de naturlig hører hjemme i samme kapittel. Det vil naturlig nok være store forskjeller i arbeidsmåte og vilkår for arbeidet i de nevnte forskjellige typene designoppdrag.

”Information and advice” reguleres i Chapter 7, her kan en hel rekke ulike typer kontrakter tenkes å falle inn: f.eks. advokatoppdrag, revisjon, utredningsoppdrag, rådgivning av alle mulige slag unntatt de som har med ”Treatment” å gjøre som faller inn under Chapter 8, ifølge art.7:101(3) i nevnte kapittel. Igjen kan man stille det samme spørsmålet som under ”Design”; nemlig hvorvidt det er tilstrekkelige fellesnevnerne mellom disse kontraktene som gjør det fornuftig å samle kontraktene under ett.

Til slutt i part C kommer ”Treatment” i Chapter 8, dette kapittelet gir regler for medisinsk behandling; art.8:101(1) definerer virkeområdet slik: ”This Chapter applies to contracts under which one party, the treatment provider, undertakes to provide medical treatment for another party, the patient.” Dette er et noe uvanlig emne å regulere i en slik sammenheng, det har ingen nær sammenheng med de tidligere nevnte kontraktene. Her kan man også, om enn litt på siden, spørre seg hvorvidt det er heldig at en gruppe jurister gir regler om et slikt område, eller om dette burde vært utarbeidet i større grad sammen med representanter for bransjen.

Det man kan se er at disse kontraktstypene er svært ulikeartede, de har ikke nødvendigvis så mye til felles. Det er grenser for hvor mange felles regler som kan gis innledningsvis som passer, og som vil gi mening for så mange ulike kontraktsforhold.

Dersom man ser på de generelle reglene for alle tjenestekontraktene i Book IV Part C Chapter 2 i forhold til de enkelte kontraktstypene kan man f.eks. stille spørsmål ved om art.2:106 om ”Obligation to achieve result” passer helt i forbindelse med f.eks. reglene om ”Treatment”, eller ”Information and advice”. Det er ikke uten videre slik at denne typen kontrakter kan love å oppnå et visst resultat, selv om en slik regel virker fornuftig i forhold

til f.eks. "Construction" og "Storage". Videre er det gitt en generell adgang til å sette bort kontrakten til en underleverandør i art.2:104(1), med mindre "...personal performance is required by the contract". Selv om dette ikke er direkte "required by the contract" kan det tenkes at kunden har valgt kontraktspartneren av en særlig grunn, og ikke ønsker at noen andre skal oppfylle, kunden er her heller ikke gitt noen kontroll over hvem underleverandøren skal være, særlig i kontraktstypene "Construction" og "Processing" kan dette være av betydning.

I tillegg kan pekes på, som under flere av kontraktstypene f.eks. Design, hvorvidt de enkelte kontraktene samlet under en kontraktstype virkelig har tilstrekkelig til felles til at det kan være passende å regulere dem under ett. Noen av kontraktstypene virker som nevnt å ha fått regler av en noe overordnet og generell karakter, f.eks. "Construction". Dette er gjerne kompliserte kontraktsforhold, som kanskje kan behøve en mer inngående regulering dersom de skal reguleres. En annen ting som kan pekes på er at som nevnt over gjelder egentlig 3 sett regler på 3 forskjellige steder for hver av disse kontraktene; først de generelle reglene i Book III, deretter de generelle reglene for alle de spesielle kontraktene i Book IV, og så de spesielle reglene i det enkelte kapittel av Book IV. Denne oppbygningen følger logikken i DCFR, men det kan virke noe kompliserende for praktisk bruk når reglene står såpass spredt.

3.5 En restrukturering av Draft Common Frame of Reference?

Som vist i punkt 3.2 over har det vært en del kritikk rundt måten DCFR er strukturert på, som ”a law of obligations”²⁹⁵ og hvilke følger dette har fått for organiseringen av reglene. Som påpekt har det har særlig vært innvendinger mot at denne struktureringen og den medfølgende begrepsbruk gjør at DCFR får et noe abstrakt og svært ”tysk” preg.

I punkt 3.3 har jeg pekt på noen utslag av denne strukturen i praksis; hvordan Book III virker i sammenheng med reglene i Book V om ”Benevolent interventions in another’s affairs”, Book VI om ”Non-contractual liability arising out of damage caused to another” og Book VII om ”Unjust enrichment”, og vist at svært mange av reglene i Book III for det meste er praktiske i forbindelse med kontrakt. Videre har jeg vist hvordan den valgte strukturen virker for reglene i Book IV om tjenestekontrakter, og pekt på hvorvidt disse kontraktene er regulert på en heldig måte. Dette viser at den valgte strukturen bygget rundt ”obligation” kanskje forsøker å samle i meste laget av ulike rettsforhold, og kanskje ikke passer helt ideelt for alle rettsforholdene som skal reguleres under nevnte kategori.

Flere har foreslått å endre strukturen og terminologien i DCFR ved å gå tilbake til en mer kontraktsfokusert terminologi og oppbygning.²⁹⁶ Ole Lando er av den mening at det følgende bør gjøres: ”The thing to do would be to move the chapters on performance and non-performance to Book II, to reinstate the twisted articles in these chapters into contract language and to provide in Book III that the provisions of these chapters in Book II may apply with appropriate modifications to non-contractual obligations.”²⁹⁷

Stefan Grundmann argumenterer også for en kontraktsrett, i stedet for den foreliggende DCFR i artikkelen “The Structure of the DCFR – Which Approach for Today’s Contract

²⁹⁵ Se punkt 3.2.1.

²⁹⁶ Lando (2007)b s.250-251, Hesselink (2009) s.969, Schulze (2008) s.163.

²⁹⁷ Lando (2007)b s.251.

Law”og uttaler: ”If Europeanization is not about dressing a monument, a grand Code, it is advisable rather to go for a good and modern contract law – and perhaps one day as well a good tort law ... There is too much energy needed for a good contract law to ‘spoil’ it on a general law of obligations.”²⁹⁸

Schulze og Wilhelmsson er også inne på noe av det samme i artikkelen ”From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules”.²⁹⁹ De fremhever den abstrakte karakteren av deler av DCFR og peker på at en slik struktur som DCFR følger er ukjent for ”Common Law”-tradisjonen og de nordiske land.³⁰⁰ Deretter at politisk aksept innen EU i nær fremtid er lite sannsynlig da ikke bare strukturen er ukjent for en del medlemsstater, men også fordi EU antakelig ikke er interessert i mange av delene som er dekket utover kontraktsretten, fordi det er lite EU-lovgivning når det gjelder disse områdene og ingen viktig lovgivning er planlagt for disse områdene, og de viser også til EUs særlige interesse for kontraktsrett.³⁰¹ De hevder deretter: ”As a result of this, there is the desideratum to create a draft of principles and proposals directly concerning contract law. The draft must focus upon contract law; the rules must be specifically related to contract law and be applied to contractual rights and obligations, without including less acceptable and less relevant areas.”³⁰² De går videre til å påpeke at dette ikke skal erstatte DCFR men supplementere.³⁰³

Martijn Hesselink drøfter også behovet for en endring av strukturen av DCFR i artikkelen ”The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law”.³⁰⁴ Som tidligere nevnt kritiserer han i denne artikkelen blant annet bruken av begrepene ”juridical act” og ”obligation” som han mener gjør DCFR mer akademisk, tysk, og ikke mer tilgjengelig og at valget om å bruke disse begrepene burde reverseres.³⁰⁵ Videre nevner han følgende

²⁹⁸ Grundmann(2008) s.234.

²⁹⁹ Schulze/Wilhelmsson (2008).

³⁰⁰ ibid. s.158-162.

³⁰¹ ibid. s.163.

³⁰² l.c.

³⁰³ l.c.

³⁰⁴ Hesselink (2009).

³⁰⁵ ibid. s.969.

grunner til å endre strukturen i DCFR: han viser til at fokuset på ”juricical acts” og ”obligations” ikke er i samsvar med den internasjonale trenden og viser i denne sammenheng til ”...the American Restatements ...but also the CISG (1980), the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (1994), and the PECL...” som alle fokuserer på kontrakt.³⁰⁶ Deretter viser han til at EU-kommisjonen og Rådet har gjort det svært klart at de ønsker å fokusere på kontrakter som det sentrale.³⁰⁷ Han hevder deretter ”A final practical argument for the recontractualisation of the CFR is that a flatter structure, without different layers of abstraction, would make the parts on different subjects more severable from each other. This would best fit the idea of a toolbox: you can take out the specific rules on the subjects that you need without being obliged to take also a whole package of other, very generally formulated rules.”³⁰⁸ Som nevnt tidligere er den viktigste funksjonen til en mulig fremtidig CFR å være en ”tool box” for EU-kommisjonen i forbindelse med lovgivningsarbeid.³⁰⁹ Det Hesselink nevner om å kunne skille ut enkeltregler vil kunne være nyttig i en slik sammenheng. Jeg forstår imidlertid Hesselink dithen at han mener dette er vanskeliggjort slik DCFR nå er organisert.

Christian von Bar fremholder i artikkelen ”Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference”³¹⁰ at materialet i DCFR er strukturert slik at den politiske verden, dersom den ønsker å fortsette med en offisiell Common Frame of Reference på basis av noen av forslagene i DCFR ”...can sever certain parts of it and leave them to a later stage of deliberation or just the general discussion amongst academics. In other words, the Academic Common Frame of Reference will not be structured on a ’take it (all) or leave it’ basis; perhaps not every detail can be cherry-picked in tact, but in any event larger areas could be taken up without being forced to accept the entirety.”³¹¹ Dette nevnes også i introduksjonen til DCFR.³¹²

³⁰⁶ l.c.

³⁰⁷ l.c.

³⁰⁸ l.c.

³⁰⁹ Communication European Contract Law and the revision of the *aquis*: the way forward (2004) s.14.

³¹⁰ von Bar (2007).

³¹¹ *ibid.* s.357.

³¹² Draft Common Frame of Reference (2009) Introduction paragraph 74 s.44.

Å velge ut enkelte regelområder fra DCFR kan imidlertid tenkes noe komplisert på grunn av strukturen og systematikken. F.eks. inneholder Book III generelle regler og definisjoner som er forutsatt å gjelde for alle rettsforholdene innen DCFR.³¹³ Dersom det var interesse for å skille ut f.eks. reglene om salgskontrakter i Book IV Part A måtte man også tatt med Book III, fordi der står bla. alle de sentrale reglene om oppfyllelse, mislighold osv.³¹⁴ Et annet eksempel kan være å skille ut en av tjenestekontraktene i Book IV Part C, for at reglene rundt en av tjenestekontraktene skal være komplett er det ikke nok med at Book III må være med, det må også de generelle regler for alle tjenestekontrakter i Book IV Part C Chapter 1 og 2.³¹⁵

Den ovennevnte kritikken og ønskene om en mer kontraktsfokusert, ”enklere” DCFR er blitt kjent for forfatterne av DCFR før Outline Edition fra 2009. De kommenterer noe av denne kritikken i Introduction: ”Some commentators on the Interim Outline Edition called for a simpler structure, more like that of the PECL, one which, at least in relation to contracts and contractual obligations, would follow a natural ”chronological” order.”³¹⁶

De går videre til å si at DCFR følger “...essentially the same order as is followed in the PECL. The only difference is that the DCFR inserts a break at the point where the rules cease to talk about contracts as agreements ... and start to talk about the rights and obligations arising from them.”³¹⁷ Dette er ifølge forfatterne av DCFR rettferdiggjort fordi det er en forskjell mellom en kontrakt og de rettigheter og forpliktelser som oppstår av kontrakten, og fordi det er nyttig å ha åpningskapittelet i Book III for å plassere noen bestemmelser som ellers ville være vanskelig å plassere.³¹⁸ De går videre til å si at det i deres mening ”To eliminate the break between Books II and III would be a regrettable step backwards for which it is difficult to see any justification.”³¹⁹ Forfatterne av DCFR er, naturlig nok, uenig i kritikken som har vært fremmet mot strukturen av DCFR. Som nevnt

³¹³ *ibid.* Book III 1:101 s.229.

³¹⁴ *ibid.* Book III Chapter 1-7 s.229-275.

³¹⁵ *ibid.* Book III 1:101 s.229, Book IV part C Chapter 1 og 2 s.229 flg.

³¹⁶ *ibid.* Introduction paragraph 45 s.27.

³¹⁷ *ibid.* Introduction paragraph 45 s.27-28.

³¹⁸ *ibid.* Introduction paragraph 45 s.28.

³¹⁹ *l.c.*

gjør forfatterne av DCFR det klart at "The DCFR therefore approaches the whole of the law of obligations as an organic entity or unit."³²⁰

De som har ønsket en mer kontraktsfokustert DCFR og en enklere struktur har noen argumenter som etter mitt skjønn er gode argumenter. En restrukturering i retning av mer fokus på kontrakt, slik foreslått av flere over, kan tenkes å gjøre DCFR enklere, mindre abstrakt, og dermed mer tilgjengelig. Videre er Hesselinks argument om at en enklere og flatere struktur fokusert på kontrakt vil gjøre DCFRs funksjon som "tool box" for EU-lovgivning bedre, etter mitt syn et relevant argument som kan ha mye for seg. Et annet argument er, som nevnt over av Hesselink og Schulze og Wilhelmsson, EU-kommisjonens fokus på kontraktsrett. Argumentet om at en slik struktur som DCFR følger er ukjent for "Common Law" tradisjonen og de nordiske land, slik Schulze og Wilhelmsson fremhever er også et argument som kan vektlegges. Denne ukjente strukturen kan tenkes å hindre aksepten av DCFR til en viss grad i disse jurisdiksjonene.

Forfatterne bak DCFR har fremhevet skillet mellom kontrakter og rettigheter og forpliktelser oppstått av kontrakten. De har rett i at det er en forskjell på disse to forholdene, men de henger svært nøye sammen. Forfatterne bak DCFR sier som nevnt at å eliminere skillet mellom disse to ville være et "...regrettable step backwards for which it is difficult to see any justification."³²¹ Imidlertid kan en endring av strukturen i DCFR tenkes å rettferdiggjøres av de argumentene som kritikerne har fremmet. Meningen til redaktørene bak DCFR er likevel fullt forståelig, da denne strukturen er den valgte rammen som hele DCFR bygger på. Det er likevel gode grunner til å vurdere en restrukturering i form av en enklere struktur, fokusert på kontrakter, med enklere og klarere begreper.

³²⁰ ibid. Introduction paragraph 40 s.25.

³²¹ ibid. Introduction paragraph 45 s.28.

4 Avsluttende bemerkninger om fremtiden for Draft Common Frame of Reference

Dersom EU i fremtiden vedtar en CFR for europeisk privatrett kan dette bli et dokument av stor betydning. Et slikt dokument som definerer prinsipper, modell-regler og definisjoner og fungerer som en "tool box"³²² for europeisk privatrett kan være svært praktisk i EUs lovgivningsarbeid. Som grunnlag for direktiver og annen lovgivning innen EU er dette noe som også kunne få betydning for Norge, gjennom EU-lovgivning innført gjennom EØS-avtalen. Hvordan CFR kan virke for europeisk privatrett dersom den blir vedtatt er blant annet drøftet av Martijn Hesselink i artikkelen "The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation: The Dutch Experience"³²³. Han viser til at dersom en politisk CFR blir vedtatt vil EU-kommisjonen revidere eksisterende lovgivning og gi nye direktiver i lys av det sammenhengende system av generelle prinsipper, definisjoner og modell-regler i CFR.³²⁴

Imidlertid er det for tiden noe usikkert hva som er fremtiden for DCFR innen EU-systemet. Foreløpig er det ikke politisk vedtatt innen EU noe nærmere rundt en CFR for europeisk privatrett. Det er derfor ikke klart om og eventuelt når eller hvordan DCFR vil være utkast for en politisk CFR. Den videre utviklingen er opp til EU-institusjonene, som forfatterne av DCFR nevner: "The Creation of a CFR is a question for the European Institutions."³²⁵ Opprinnelig var vedtakelsen av CFR planlagt for 2009³²⁶, det er godt mulig at denne tidsplanen ikke holder, slik det nå ser ut. Opprinnelig skulle CFR omhandle kontraktsrett,

³²² "Communication European Contract Law and the revision of the *aquis*: the way forward" s.14.

³²³ Hesselink (2006).

³²⁴ *ibid.* s.57.

³²⁵ Draft Common Frame of Reference (2009) Introduction paragraph 78 s.45.

³²⁶ Communication European Contract Law and the revision of the *aquis*: the way forward (2004) s.13.

dette kan man se i kommunikasjonene fra EU-kommisjonen.³²⁷ Imidlertid er DCFR blitt svært omfattende, det går langt utover kontraktsretten og favner store deler av privatretten. Det er altså blitt et mye større arbeid enn det man kanskje opprinnelig forestilte seg.

Et annet arbeid, og en mulig konkurrent til DCFR, som har fremkommet i forbindelse med arbeidet mot en CFR, er de såkalte "Revised Principles of European Contract Law" og "Guiding Principles of European Contract Law" slik utarbeidet av Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française og Société de Législation Comparée.³²⁸ Disse to akademiske gruppene deltok også i "CoPecL Network of Excellence" som fikk arbeidet med å forberede CFR, og disse to gruppene dannet arbeidsgruppen AHC-SLC-group som igjen hører under "Evaluative and supporting groups" i dette nettverket.³²⁹ Deres oppgave var "...to analyse the rules put forward for the Common Frame of Reference, having particular regard to its philosophical underpinnings."³³⁰

AHL-SLC-gruppen bestemte seg for at de også ville bidra til oppgaven med å lage modellregler, og bestemte seg for å arbeide videre med Principles of European Contract Law (PECL).³³¹ "Revised Principles of European Contract Law" er altså en revidert utgave av PECL, arbeidet har foregått på den måten at hver artikkel har blitt analysert og revidert, det påpekes "...it was important that the revision of the Principles of European Contract Law did not turn into a militant work in favour of such or such national legal system, but rather proved the coherence of the Principles and their operative value."³³² Gruppen har også laget "Guiding Principles" som er basert på "...the three pillars of freedom of contract, contractual certainty and contractual fairness."³³³ Disse prinsippene er ment å gjelde sammen med "Revised Principles of European Contract Law": "...the two works are intended to mutually complement each other."³³⁴

³²⁷ *ibid.* og Communication on European Contract Law (2001), og Communication A More Coherent European Contract Law An Action Plan (2003).

³²⁸ European Contract Law (2008).

³²⁹ *ibid.* Preface XXVII.

³³⁰ *l.c.*

³³¹ *l.c.*

³³² *ibid.* XXXI.

³³³ *ibid.* Introduction to terminology XXXIII.

³³⁴ *l.c.*

Til forskjell fra DCFR er dette arbeidet konsentrert rundt kontrakt, og det har en enklere oppbygning og struktur, som forfatterne sier: "...the revised version of PECL proposed here follows PECL in preferring a simple structure with clear and relatively short rules, confined to the general law of contract, rather than extending to the law of obligations and beyond as in the case of the Draft Common Frame of Reference (DCFR)."³³⁵ Dette arbeidet er altså omfangsmessig et mindre ambisiøst prosjekt enn DCFR, og begrenser seg til sentrale regler for kontrakter, og noen sentrale prinsipper i tilhørende "Guiding Principles".³³⁶ Forfatterne har som nevnt over foretrukket en enkel struktur som følger PECL og klare og relativt korte regler. Dette gjør at dette arbeidet kan være en konkurrent til DCFR når det gjelder grunnlaget for en mulig politisk CFR.

Et annet spørsmål i denne sammenheng er hvilken kompetanse EU egentlig har når det gjelder harmonisering av privatrett, som nevnt kort under punkt 1.3. EU-kommisjonen har pekt på det indre markeds behov som grunnlag for CFR-prosjektet i sine kommunikasjoner.³³⁷ Et spørsmål som kan stilles i denne sammenheng er hvorvidt hensynet til det indre marked kan gi kompetanse til harmonisering på alle de områder som omfattes av DCFR. EF traktaten art.95 (tidligere 100a) regulerer dette og gir Rådet anledning til: "...acting in accordance with the procedure referred to in article 251 and after consulting the Economic and Social Committee, adopt the measures for the approximation of the provisions laid down by law, regulation or administrative action in member states which have as their object the establishment and functioning of the internal market."³³⁸ EF-domstolen påpekte i Case C-376/98 at tiltak vedtatt på grunnlag av art 100a (nå art 95) må "...genuinely have as its object the improvement of the conditions for the establishment and functioning of the internal market" og at det ikke tilkommer fellesskapets organer noen generell kompetanse til å regulere det indre marked.³³⁹ Weatherill drøfter, som nevnt under

³³⁵ *ibid.* Preface XXVIII.

³³⁶ *ibid.* part III s.575-614, part II s.571-572.

³³⁷ Communication on European Contract Law (2001), Communication A More Coherent European Contract Law An Action Plan (2003), Communication European Contract Law and the revision of the *aquis*: the way forward (2004).

³³⁸ Treaty Establishing the European Community art.95.

³³⁹ Case C-376/98 Federal Republic of Germany v the European Parliament and Council of the European Union. paragraph 84,83.

punkt 1.3, EUs kompetanse til å harmonisere kontraktsrett i artikkelen ”Constitutional Issues – How Much is Best Left Unsaid?”.³⁴⁰ Weatherill er av den oppfatning at EU-organene ikke har noen uttalt generell kompetanse til å gi lovgivning på kontraktsfeltet³⁴¹, og påpeker videre at EF traktaten art. 95 ”...is available only for measures that contribute to the establishment and functioning of the internal market, while wider regulatory ambitions must be pursued under other provisions which are textually more narrowly drawn...”.³⁴² Spørsmålet om kompetanse er derfor også noe som må vurderes i forbindelse med arbeidet med CFR.

Flere har kommet med sine tanker om fremtiden for CFR-prosjektet fremover.

Hugh Beale har tidligere fremmet sin bekymring om at EU kanskje er i ferd med å miste interessen for prosjektet i artikkelen ”The Future of the Common Frame of Reference”³⁴³ der han viser til at støtte fra akademiske og praktiserende advokater og fra forretningsdrivende i Europa er viktig ”...because at one point the European Commission seemed to be on the verge of abandoning the project. Despite recent words of encouragement from the new Commissioner for Health and Consumer Affairs, I am not sure that the danger has passed.”³⁴⁴

Christian Von Bar viser i artikkelen “Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference”³⁴⁵ til følgende for når det gjelder hvorvidt det vil bli en politisk Common Frame of Reference eller ikke: “At present, however the political priorities are still rather unclear, and that leaves room for much speculation. All sorts of possible answers to these questions are discussed and circulated, in official communications, in quasi-official announcements at conferences organised by the relevant EU presidency and in speeches delivered on many occasions and in many places all over the Continent.”³⁴⁶

³⁴⁰ Weatherill (2006).

³⁴¹ *ibid.* s.90.

³⁴² *ibid.* s.103.

³⁴³ Beale (2007).

³⁴⁴ *ibid.* s.257.

³⁴⁵ von Bar (2007).

³⁴⁶ *ibid.* s.351.

Han viser til “tool box”-funksjonen som EU-kommisjonen ser for seg for CFR, og påpeker “...with all due respect one wonders a bit whether the toolbox model is nothing but a synonym for a first class funeral to some more important aspects of the CFR idea.”³⁴⁷ Med dette henviser Von Bar til CFR som et mulig “Optional instrument” som kontraherende parter kan velge til å regulere sin kontrakt om de ønsker.³⁴⁸ Som nevnt under punkt 1.2. var et slik mulig instrument nevnt i kommunikasjonene fra EU-kommisjonen.

Martijn Hesselink er mer positiv når det gjelder DCFR i artikkelen “The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law”.³⁴⁹ Han uttaler følgende “The DCFR will prove to be irresistible. It has all the characteristics of a civil code which are familiar to lawyers in Continental Europe and which intrigue English common lawyers.”³⁵⁰ Han hevder videre “...the DCFR is likely to become a source of law in a substantive sense ... even if it never obtains any further political endorsement. However, the authority of the DCFR as a substantive source of law will, of course, be even greater if it is turned into a political CFR as envisaged by the European legislature.”³⁵¹ Altså mener Hesselink at selv om det ikke skulle bli noen politisk CFR, vil DCFR likevel kunne bli en rettskilde.

Hesselink nevner imidlertid også at ”The European Community seems to have lost much of its original enthusiasm for the CFR (the proposed new directive on consumer right, its main *raison d’être*, does not even refer to it) whereas the European Council, after a slow start, now seems to be taking a rather keen interest.”³⁵²

Hans-W Micklitz viser i artikkelen ”Review of Academic Approaches to the European Contract Law Codification Project”³⁵³ til at EU-kommisjonen fortsetter sine lovgivningsaktiviteter mens arbeidet mot CFR pågår.³⁵⁴

³⁴⁷ *ibid.* s.351-352.

³⁴⁸ *ibid.* s.352.

³⁴⁹ Hesselink (2009).

³⁵⁰ *ibid.* (2009) s.923.

³⁵¹ *ibid.* s.929.

³⁵² *ibid.* s.921.

³⁵³ Micklitz (2007).

³⁵⁴ *ibid.* s.722 flg.

Han påpeker at ”There is an urgent need to coordinate the codification project with ongoing initiatives ... The European legal world may be characterized by a strange ambivalence: on the one hand, the European Commission requests uniform terms by way of the Common Frame of Reference, on the other hand the European Commission has not stuck to its self-set maxims in recent regulatory initiatives.”³⁵⁵ Micklitz spør videre “What are all these projects for if the European Commission has already decided on the way to go?”³⁵⁶

Han påpeker at ved å fortsette lovgivningsarbeid uten hensyntagen til arbeidet som foregår med CFR-prosjektet ”In essence, the European Commission challenges the use and usefulness of the Common Frame of Reference before it has been shaped and concretized.”³⁵⁷ Han sier videre at man kan lure på om det ikke burde være en “...’standstill’ agreement for European regulatory initiatives or at least a ‘prohibition to reduce the level of protection’ in terms of the Mangold judgement, in order to abolish heteroneous terms and to foster the implementation of the Common Frame of Reference.”³⁵⁸

Uansett DCFRs fremtid, om den blir grunnlag for en politisk CFR eller ikke, og selv om man kan drøfte og stille spørsmål ved noen aspekter ved DCFR, så er DCFR et stort og viktig arbeid som vil gi viktig kunnskap om sentrale aspekter av privatrett i ulike europeiske jurisdiksjoner. DCFR vil, i den endelig utgaven med kommentarer, kunne bidra til å vise hvilke regler som finnes i ulike europeiske jurisdiksjoner, og hvordan disse reglene kan kombineres for å oppnå regler som kan passe for EU-landene som enhet, vise hvilke prinsipper europeisk privatrett bygger på, og vise definisjoner som kan være egnet for bruk innen europeisk privatrett.

³⁵⁵ *ibid.* s.723.

³⁵⁶ *l.c.*

³⁵⁷ *ibid.* s.724.

³⁵⁸ *l.c.*

5 Litteraturliste

Bøker:

European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules. Bénédicte Fauvarque-Cosson og Denis Mazeaud (Red.) Sellier european law publishers. München, 2008.

Forkortet til European Contract Law i fotnoter.

EØS – rett. Sejersted, Fredrik...[et al] 2.utgave. Universitetsforlaget. Oslo, 2004.

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett.* 3.opplag 2004. Universitetsforlaget. Oslo, 2003.

Principles, Definitions, and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Interim Outline Edition. Christian von Bar...[et al.] (Red.) Sellier european law publishers GmbH. München, 2008.

Forkortet til Draft Common Frame of Reference (2008) i fotnoter.

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition. Christian von Bar...[et al] (Red.). Sellier european law publishers GmbH. München, 2009.

Forkortet til Draft Common Frame of Reference (2009) i fotnoter.

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Christian von Bar og Eric Clive (Red.). Sellier european law publishers GmbH. München, 2009.

Forkortet til Draft Common frame of Reference Full Edition (2009) i fotnoter.

Principles of European Contract Law Parts I and II. Combined and revised. Ole Lando og Hugh Beale (Red.). Kluwer Law International. Haag/London/Boston, 2000.

Forkortet i fotnoter til Principles of European Contract Law (2000).

Principles of European Contract Law Part III. Ole Lando, Eric Clive, André Prüm og Reinhard Zimmermann (Red.) Kluwer Law International. Haag/London/New York, 2003.

Forkortet i fotnoter til Principles of European Contract Law (2003).

Artikler:

Beale, Hugh. ”*The Future of the Common Frame of Reference*”. I: European Review of Contract Law 3/2007 s.257-276 (Siteret fra SwetsWise)

Collins, Hugh. ”*Why Europe Needs A Civil Code: European Identity and the Social Model*”. I: Liber Amicorum Guido Alpa: Private Law Beyond the National Systems. Andenæs, Mads...[et al] (Red.). British Institute of International and Comparative Law London, 2007. s.259-269.

Eidenmüller, Horst, ”*Party Autonomy, Distributive Justice and the Conclusion of Contracts in the DCFR*” I: European Review of Contract Law 2/2009 s.109 -131 (Siteret fra SwetsWise)

Eidenmüller...[et al] ”*THE COMMON FRAME OF REFERENCE FOR EUROPEAN PRIVATE LAW--POLICY CHOICES AND CODIFICATION PROBLEMS*” I: Oxford Journal of Legal Studies 28 Winter 2008 s.659-708 (Siteret fra Westlaw)

Grundmann, Stefan ”*The Structure of the DCFR – Which Approach for Today’s Contract Law* I: European Review of Contract Law 3/2008 s.225-247 (Siteret fra SwetsWise)

Hesselink, Martijn W. "*THE COMMON FRAME OF REFERENCE AS A SOURCE OF EUROPEAN PRIVATE LAW*" I: Tulane Law Review 83. March 2009 s.919-971. (Siteret fra Westlaw)

Hesselink, Martijn "*Common Frame of Reference and Social Justice*" I: European Review of Contract Law 3/2008 s.248-269. (Siteret fra SwetsWise)

Hesselink Martijn W. "*The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation: The Dutch Experience*" I: The Harmonisation of European Contract Law Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice. Vogenauer, Stefan og Weatherill, Steven (Red.). Hart publishing. Oxford and Portland Oregon, 2006. s.39-70.

Legrand, Pierre. "*Antivonbar*". I: The Journal of Journal of Comparative Law nr 1 2007 s.13-40. <http://www.thejcl.com/pdfs/legrand.pdf>. [Siteret 1.9.2009]

Lando, Ole [a]. "*Culture and Contract Laws*". I: European Review of Contract Law 1/2007 s.1-20. (Siteret fra SwetsWise)

Lando, Ole [b] "*The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)*" I: European Review of Contract Law 3/2007 s.245-256 (Siteret fra SwetsWise)

Mance, Lord Jonathan. "*Is Europe Aiming to Civilise the Common Law*"? I: European Business Law Review Volume 18 Issue 1 2007 s.77 – 99. (Siteret fra SwetsWise)

Micklitz, Hans-W. "*Review of Academic Approaches to the European Contract Law Codification Project*". I: Liber Amicorum Guido Alpa: Private Law Beyond the National Systems. Andenæs, Mads...[et al] (Red.). British Institute of International and Comparative Law. London, 2007. s.699-728.

Rajski, Jerzy. *“For a Progressive Codification of European Private Law”*. I: Liber Amicorum Guido Alpa: Private Law Beyond the National Systems. Andenæs, Mads...[et al] (Red.). British Institute of International and Comparative Law. London, 2007. s.825-830.

Schulze, Reiner og Wilhelmsson, Thomas: *“From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules”* I: European Review of Contract Law 2/2008 s.154-168 (Siteret fra SwetsWise)

Study Group on Social Justice in European Private Law: *“Social Justice in European Contract Law, a Manifesto”* I: European Law Journal, Vol 10, No.6. November 2004 s.653-674. (Siteret fra SwetsWise)

Von bar, Christian *“Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference”* I: European Review of Contract Law 3/2007 s.350-361 (Siteret fra SwetsWise)

Weatherill, Steven, *“Constitutional Issues – How Much is Best Left Unsaid”* ”I: The Harmonisation of European Contract Law Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice. Vogenauer, Stefan og Weatherill, Steven (Red.). Hart publishing. Oxford and Portland Oregon 2006. s.89-103.

Eu-dokumenter:

“COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL European Contract Law and the revision of the *aquis*: the way forward”.

Commission of the European Communities. Brussels 11.10.2004 COM (2004) 651 final.
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0651:FIN:EN:PDF>

[Sisert 1.8.2009] Forkortet til Communication European Contract Law and the revision of the *aquis*: the way forward (2004) i fotnoter.

“COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL A MORE COHERENT EUROPEAN CONTRACT LAW AN ACTION PLAN.” Commission of the European Communities. Brussels 12.2.2003 COM (2003) 68 final.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0068:FIN:EN:PDF>

[Sisert 1.8.2009] Forkortet til Communication A More Coherent European Contract Law An Action Plan (2003) i fotnoter.

“COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE COUNCIL AND THE EUROPEAN PARLIAMENT ON EUROPEAN CONTRACT LAW”.

Commission of the European Communities, Brussels 11.07.2001 COM (2001) 398 final.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0398:FIN:EN:PDF>

[Sisert 1.8.2009.]

Forkortet til Communication on European Contract Law (2001) i fotnoter.

Charter of Fundamental Rights of the European Union. Nice 7.12.2000 (Nice-charteret) Official Journal of the European Communities 18.12. 2000 C 364/01.

http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf. [Sisert 01.10.2009]

Treaty Establishing the European Community, Roma 25.mars 1957. (Konsolidert versjon 2002) Official Journal of the European Communities 24.12.2002 C 325/33.

http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/12002E/pdf/12002E_EN.pdf. [Sisert 15.10.]

Case C-376/98 Federal Republic of Germany v the European Parliament and Council of the European Union [http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-](http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=en&num=79998994C19980376&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET)

[bin/gettext.pl?lang=en&num=79998994C19980376&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET](http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=en&num=79998994C19980376&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET)

[Sisert 15.10.2009]

Annet:

Internettsiden til Joint Network on European Private Law (CoPECL) www.copeccl.org.
[Siteret 15.9.2009]

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004. Published by the
International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). Roma april 2004.
<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf> [Siteret 10.11.2009]

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). 18. August 1896 [Tyskland]
http://bundesrecht.juris.de/englisch_bgb/index.html. [Siteret 15.10.2009]